



**Canada
Federal Court
Reports**

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

1997, Vol 1, Part 2

1997, Vol. 1, 2^e fascicule

Cited as [1997] 1 F.C., 223-430

Renvoi [1997] 1 C.F., 223-430

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

Editorial Board

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

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

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

Legal Research Editors
LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Production Staff

Production Manager
LAURA VANIER

Publications Specialist
JEAN-PIERRE LEBLANC

Editorial Assistants
PIERRE LANDRIAULT
LISE LEPAGE-PELLETIER

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

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

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

CONTENTS

DigestsD-23

Anderson v. Canada (Armed Forces) (C.A.) 273

Armed forces — Appeal from Trial Division's refusal to strike judicial review application — Rear Admiral denying application for redress of grievance requesting quashing of

Continued on next page

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

Bureau des arrêstistes

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

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

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

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

Services techniques

Gestionnaire, production et publication
LAURA VANIER

Spécialiste des publications
JEAN-PIERRE LEBLANC

Adjoints à l'édition
PIERRE LANDRIAULT
LISE LEPAGE-PELLETIER

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

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

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

SOMMAIRE

Fiches analytiques F-29

Anderson c. Canada (Forces armées) (C.A.) 273

Forces armées — Appel contre le rejet par la Section de première instance de la fin de non-recevoir opposée au recours en contrôle judiciaire — Le contre-amiral avait

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

counselling and probation — National Defence Act, s. 29, QR&O, arts. 19.26, 19.27 mandating procedure for requesting through chain of command review by higher authority — Adequate alternative remedy — Appeal allowed.

Administrative law — Judicial review — Appeal from Trial Division's refusal to strike application for judicial review — Rear Admiral dismissing application to quash counselling and probation — National Defence Act, s. 29, QR&O, arts. 19.26, 19.27 mandating process whereby aggrieved member may request through chain of command review by higher authority — Adequate alternative remedy — Neither delay nor cost, stress of pursuing complaint up chain of command warranting judicial interference.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Appeal from Trial Division refusal to strike application for judicial review — Rear Admiral refusing application to quash counselling and probation — Decision within Federal Court Act, s. 18.1(2) as decision of federal board or tribunal settling matter before him, binding on respondent — That entitled to pursue matter up chain of command not rendering decision less final.

Practice — Parties — Appeal from Trial Division's refusal to strike application for judicial review — As Commander, Maritime Forces (Pacific) only person whose decision under review, only person properly joined — Premature to join Chief of Defence Staff, Minister, as decision of neither under review.

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Nemsila (T.D.) 260

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Respondent resident of Canada since 1950 although not Canadian citizen — Reports under Immigration Act, s. 27 indicating respondent, convicted in Czechoslovakia as German collaborator who was responsible for execution of civilians during World War II, had come into Canada by material misrepresentation — Whether "lawfully admitted" to Canada under Immigration Act, s. 2(1) — Immigrant obtaining leave to enter Canada by fraud,

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

rejeté la demande de redressement de grief portant annulation de la mesure de mise en garde et surveillance — L'art. 29 de la Loi sur la défense nationale et les art. 19.26 et 19.27 ORFC prévoient les recours successifs le long de la chaîne de commandement — Existence d'une autre voie de recours appropriée — Appel accueilli.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Appel contre le rejet par la Section de première instance de la fin de non-recevoir opposée au recours en contrôle judiciaire — Le contre-amiral avait rejeté la demande de redressement de grief portant annulation de la mesure de mise en garde et surveillance — L'art. 29 de la Loi sur la défense nationale et les art. 19.26 et 19.27 ORFC prévoient les recours successifs le long de la chaîne de commandement — Existence d'une autre voie de recours appropriée — Ni le temps requis ni le coût ni la tension tenant à la poursuite de la plainte aux niveaux supérieurs de la chaîne de commandement ne justifient l'intervention de la Cour.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Appel contre le rejet par la Section de première instance de la fin de non-recevoir opposée au recours en contrôle judiciaire — Le contre-amiral avait rejeté la demande de redressement de grief portant annulation de la mesure de mise en garde et surveillance — Sa décision est celle d'un office fédéral au sens de l'art. 18.1(2) de la Loi sur la Cour fédérale en ce qu'elle tranchait la question qui lui était soumise, et elle a force obligatoire à l'égard de l'intimé — Le fait que celui-ci ait la possibilité de saisir le niveau supérieur de la chaîne de commandement ne la rendait pas moins définitive.

Pratique — Parties — Appel contre le rejet par la Section de première instance de la fin de non-recevoir opposée au recours en contrôle judiciaire — La seule personne qu'il convienne de citer est la personne dont la décision est contestée, savoir le commandant des Forces maritimes du Pacifique — Il serait prématuré de citer le chef d'état-major de la défense ou le ministre puisqu'il n'y a recours en contrôle judiciaire contre aucune décision de l'un ou de l'autre.

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Nemsila (1^{re} inst.) 260

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — L'intimé est résident du Canada depuis 1950 mais il n'est pas citoyen canadien — Des rapports préparés sous le régime de l'art. 27 de la Loi sur l'immigration indiquent que l'intimé, déclaré coupable en Tchécoslovaquie en tant que collaborateur des forces allemandes et responsable de l'exécution de civils pendant la Seconde Guerre mondiale, est entré au Canada en ayant donné de fausses indications sur des faits importants —

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

deception not “lawfully” admitted — All requirements of Act in force at time immigrant entered Canada must be complied with — Term “came into” in Act, s. 19(1)(e)(viii) not synonymous with “admission”, “landing” — Statutory protection against removal limited to Canadian citizens, domiciled persons “lawfully admitted” — Adjudicator erred in law in holding respondent could not be subject to deportation order.

Coblentz v. Canada (C.A.) 368

Income tax — Exemptions — Whether lump sum payment exempt from taxation in Canada by reason of Canada-United States Income Tax Convention (1980) — Payment received by taxpayer while resident of Canada on winding up of pension fund operated by former American employer — Not exempt from taxation under Convention, Art. XVIII — No double taxation where Contracting State providing tax credit for taxes paid in other — Itemized deduction under U.S. Internal Revenue Code, s. 402(c)(3) not “personal allowance” — Benefit of Art. XVIII available as matter of right, not election — Purpose of Art. XVIII to ensure portion of lump sum payment exempt from taxation in U.S.A. remains exempt in Canada — Entire payment taxable under American law, not exempt from taxation in Canada.

Corbett v. Canada (C.A.) 386

Income tax — Income calculation — Appeal from trial judgment holding Income Tax Act, s. 79(c) governing tax treatment of proceeds of disposition — Court issuing “Rice Order”, allowing mortgagee to purchase property for \$49,000 and including judgment for balance owing — Taxpayer, relying on ss. 13(21)(d)(i), 54(h)(i) (proceeds of disposition including sale price of property), reporting value of disposition as \$49,000 — Minister reassessing, relying on s. 79(c) (where taxpayer acquiring, reacquiring beneficial ownership of property in consequence of other party’s failure to pay amount owing, other person’s proceeds of disposition including principal amount of taxpayer’s claim plus principal amount of any debt owing by other person, to extent extinguished by acquisition, reacquisition) — Holding proceeds of disposition full principal amount still outstanding, \$63,785 — Ss. 13(21)(d)(i), 54(h)(i) applied —

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

L’intimé a-t-il été «admis légalement» au Canada au sens de l’art. 2(e) de la Loi sur l’immigration? — Un immigrant qui a obtenu la permission d’entrer au Canada par des moyens frauduleux ou trompeurs ne peut être considéré comme ayant été admis «légalement» — Toutes les exigences de la loi en vigueur au moment de l’entrée de l’immigrant au Canada doivent être respectées — L’expression «est entrée» figurant à l’art. 19(1)(e)(viii) n’est pas synonyme des termes «admission» ou «réception» — La protection prévue par la loi contre le renvoi est limitée aux citoyens canadiens, aux personnes domiciliées «admisses légalement» — L’arbitre a commis une erreur de droit en affirmant que l’intimé ne pouvait faire l’objet d’une mesure d’expulsion.

Coblentz c. Canada (C.A.) 368

Impôt sur le revenu — Exemptions — Il s’agit de savoir si un paiement forfaitaire est exonéré d’impôt au Canada en raison de la Convention Canada-États-Unis de 1980 en matière d’impôts — Le paiement a été reçu par le contribuable alors qu’il résidait au Canada par suite de la liquidation d’une caisse de retraite administrée par son ancien employeur américain — La somme en question n’est pas exonérée d’impôt en vertu de l’art. XVIII de la Convention — Il n’y a pas double imposition lorsqu’un des États contractants accorde un crédit fiscal pour l’impôt payé dans l’autre État contractant — La déduction sur pièces prévue à l’art. 402(c)(3) de l’Internal Revenue Code des États-Unis ne constitue pas une «déduction personnelle» — Le contribuable peut se prévaloir de l’art. XVIII de plein droit et non par suite d’un choix — L’art. XVIII vise à garantir que la partie du paiement forfaitaire qui est exonérée d’impôt aux États-Unis le demeure au Canada — Le paiement est imposable en totalité selon la législation américaine et n’est pas exonéré d’impôt au Canada.

Corbett c. Canada (C.A.) 386

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Appel d’une décision de première instance concluant que l’art. 79(c) de la Loi de l’impôt sur le revenu régit le traitement fiscal du produit de disposition — La Cour a délivré une «ordonnance de type Rice», permettant au prêteur d’acheter le bien pour un montant fixé à 49 000 \$ et portant jugement pour le solde de sa créance — Le contribuable s’est appuyé sur les art. 13(21)(d)(i) et 54(h)(i) (le produit de disposition comprend le prix de vente du bien) pour déclarer le montant de 49 000 \$ à titre de valeur de la disposition — Le ministre a établi une nouvelle cotisation en s’appuyant sur l’art. 79(c) (lorsqu’un contribuable a acquis ou a acquis de nouveau le *beneficial ownership* ou la propriété de biens par suite d’un défaut de paiement, de la part de l’autre partie, d’une somme due, doivent être inclus dans le calcul du produit tiré par l’autre personne de la disposition des biens en question

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Taxpayer receiving specific amount — Ss. 13(21)(d)(i), 54(h)(i) covering sales, other situations where precise compensation figure known — S. 79(c) applying to foreclosures, repossessions where no ascertained amount.

Income tax — Income calculation — Deductions — Taxpayer deducting interest paid in 1987 on mortgage before judicial sale — Income Tax Act, s. 20(1)(c) permitting deduction of interest on amount payable for property acquired to gain or produce income therefrom — Minister (affirmed by Trial Judge) correctly disallowing deduction because no reasonable expectation of profit (*Moldowan* test) — Where clear no profit can be earned in year or forever after because of judicial sale proceedings, *Moldowan* applicable.

Construction of statutes — Meaning of Income Tax Act section providing code for fair, consistent treatment of dispositions where no definite figure (as foreclosures) — Meaning of language clear but interpretation supported by marginal notes — Forming no part of enactment but can be used to aid Court — Interpretation Bulletin has no binding effect but looked at as part of context of legislation — Here no conflict between specific, general statutory provision.

K.F. Evans Ltd. v. Canada (Minister of Foreign Affairs) (T.D.) 405

Foreign trade — Foreign Affairs Minister denying permit to export unprocessed logs under Export and Import Permit Acts, applicant not having secured approval of provincial advisory committee — Committee established by B.C. government to advise provincial Minister of Forests regarding exemptions from provincial legislation requiring use or processing in B.C. of timber harvested from certain lands — Applicant's logs not caught by provincial statute but requiring federal export permit — Logs under federal export control since 1940 (War Measures Act) — Minister's officials adopting practice of deferring to provincial advisory committee regarding B.C. logs — Applicant making application, under protest, to B.C. Ministry of Forests —

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

le principal de la créance du contribuable plus toutes les sommes dont chacune constitue le principal d'une dette qui avait été due par cette autre personne, dans la mesure où cette dette a été éteinte du fait de l'acquisition ou de la nouvelle acquisition) — Il a conclu que le montant du produit de disposition était le plein montant du principal non remboursé du prêt hypothécaire, soit 63 785 \$ — Les art. 13(21)d(i) et 54h(i) s'appliquaient — Le contribuable a reçu un montant déterminé — Les art. 13(21)d(i) et 54h(i) visent les ventes et les autres situations où le montant précis de l'indemnité est connu — L'art. 79c) s'applique aux forclusions et aux reprises de possession en l'absence d'un montant déterminé.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Le contribuable a déduit les intérêts versés en 1987 sur une hypothèque avant une vente judiciaire — L'art. 20(1)c) de la Loi de l'impôt sur le revenu permet de déduire les intérêts sur une somme payable pour un bien acquis en vue d'en tirer un revenu — Le ministre (ainsi que l'a confirmé le juge de première instance) a eu raison de refuser la déduction parce qu'il n'existait aucune expectative raisonnable de profit (le critère établi dans l'affaire *Moldowan*) — Lorsqu'il est évident qu'aucun profit ne peut en être tiré dans l'année ou jamais par la suite à cause de la vente judiciaire, l'arrêt *Moldowan* est applicable.

Interprétation des lois — Sens de l'article de la Loi de l'impôt sur le revenu qui prévoit un code pour le traitement équitable et cohérent des dispositions de biens lorsqu'aucun montant déterminé n'est en cause (comme les forclusions) — Sens d'un libellé clair mais interprétation étayée par les notes marginales — Elles ne font pas partie de la loi mais on peut y recourir pour aider la Cour — Le Bulletin d'interprétation n'a pas de force exécutoire mais est considéré comme faisant partie du contexte de la loi — Il n'existe pas de conflit en l'espèce entre une disposition législative spécifique et une disposition législative générale.

K.F. Evans Ltd. c. Canada (Ministre des Affaires étrangères) (1^{re} inst.) 405

Commerce extérieur — Refus du ministre des Affaires étrangères de délivrer une licence d'exportation de billes non transformées en vertu de la Loi sur les licences d'exportation et d'importation parce que la requérante n'avait pas obtenu l'approbation d'un comité consultatif provincial — Le comité consultatif a été constitué par le gouvernement de la Colombie-Britannique dans le but de conseiller le ministre des Forêts de cette province au sujet des exemptions à la loi provinciale exigeant l'utilisation et la transformation en C.-B. des billes récoltées sur certaines terres — Les billes de la requérante ne tombent pas sous le coup de la loi provinciale, mais elles doivent faire l'objet d'une licence fédérale d'exportation — Les billes sont

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Provincial advisory committee recommending to Minister export permits be refused as fair offer received for purchase of logs by B.C. processor — Price lower than available on international market — Minister's decision quashed upon judicial review as Minister, delegates fettering discretion, abdicating decision-making responsibility.

Administrative law — Judicial Review — *Certiorari* — Application for federal export permits denied as applicant not having obtained approval of provincial export advisory committee — Discretionary powers — Adoption of general policies — Policy of using provincial committee's expertise — Neither Minister nor delegates making independent decision — Treating provincial committee's decision as determinative — Fettering discretion — Abdicating decision-making responsibility — Principles of fairness breached in reliance upon evidence prejudicial to applicant without notice given of existence.

Construction of statutes — Export and Import Permits Act — Logs placed on Export Control List "to ensure . . . an adequate supply . . . in Canada for defence or other needs" — Minister arguing "other needs" allowing export control to uphold provincial policies, for environmental considerations or for reasons of international trade — Phrase "for . . . other needs" to be interpreted in accordance with *ejusdem generis* rule of statutory construction — "Other needs" must have national or federal character — Must be a "need" — Difficult to accept existence of provincial policy within "defence or other needs".

Kirpal v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) 352

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Judicial review of IRB, Appeal Division's dismissal of appeal from refusal of sponsored

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

soumises au contrôle fédéral en matière d'exportation depuis 1940 (Loi sur les mesures de guerre) — Les fonctionnaires du ministre ont pris l'habitude de s'en remettre aux décisions prises par le comité consultatif provincial au sujet des billes provenant de la C.-B. — La requérante a présenté une demande au ministère des Forêts de la C.-B. en précisant qu'elle le faisait contre son gré — Le comité consultatif provincial a recommandé au ministre de refuser de délivrer les licences d'exportation étant donné qu'une offre d'achat valable des billes avait été reçue d'une entreprise de transformation de la C.-B. — La requérante a obtenu un prix inférieur à celui qu'elle aurait obtenu sur le marché international — La décision du ministre est annulée dans le cadre d'un contrôle judiciaire, au motif que le ministre et ses délégués ont renoncé à leurs pouvoirs décisionnels et qu'ils ont entravé l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — *Certiorari* — Demande de licence fédérale d'exportation rejetée au motif que la requérante n'a pas obtenu l'approbation d'un comité consultatif provincial en matière d'exportations — Pouvoirs discrétionnaires — Adoption de politiques générales — Politique consistant à s'en remettre aux connaissances spécialisées d'un comité provincial — Ni le ministre ni ses délégués ne se sont eux-mêmes prononcés sur la demande — Ils ont considéré la décision du comité provinciale comme décisive — Ils ont entravé l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire — Ils ont renoncé à leur pouvoir décisionnel — Manquement aux principes d'équité du fait que l'on s'est fondé sur des éléments de preuve préjudiciables à la requérante sans l'informer de leur existence.

Interprétation des lois — Loi sur les licences d'exportation et d'importation — Billes inscrites sur la liste des marchandises d'exportation contrôlée «pour s'assurer d'un approvisionnement . . . en quantité suffisante pour répondre aux besoins canadiens, notamment en matière de défense» — Le ministre soutient que, pour répondre aux «besoins canadiens», on peut contrôler les exportations en vue de les harmoniser avec les politiques provinciales ou pour des raisons d'ordre écologique ou de commerce international — L'expression «pour répondre aux besoins canadiens» doit être interprétée conformément au principe d'interprétation *ejusdem generis* — Les «besoins canadiens» doivent avoir une nature nationale ou fédérale — Il doit y avoir un «besoin» — Il est difficile d'accepter que l'existence d'une politique provinciale soit visée par les mots «besoins canadiens, notamment en matière de défense».

Kirpal c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1^{re} inst.) 352

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Contrôle judiciaire de la décision de la section d'appel de la CISR qui a rejeté l'appel

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

application for landing of father, mother, brother — Order in council exempting them from requirement of obtaining visa before coming to Canada — Father medically inadmissible — S. 77(3) conferring right to appeal refusal of landing based on compassionate, humanitarian considerations — Tribunal erred in weighing excessive demands father's admission likely to place on Canadian medical, social services against compassionate, humanitarian considerations — Had Parliament so intended, could have adopted wording of s. 70(1)(b) i.e. "having regard to all the circumstances" — Tribunal erred in failing to consider separately whether compassionate, humanitarian considerations warranting grant of special relief to mother, brother — Act, Regulations not requiring uniform result in exercise of equitable jurisdiction — Tribunal erred in applying Regulations, s. 6(1) — S. 6(1) applies "where a member of the family class makes an application for an immigrant visa" — Father, mother, brother exempted from applying for visa — Whether sponsor of family members exempted from visa requirement having right of appeal under s. 77(3) certified question.

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Immigration inquiry process — Tribunal having jurisdiction under Immigration Act, s. 77(3) to entertain appeal from refusal of sponsored in-land application for landing of father, mother, brother — S. 77(1) permitting immigration or visa officer to refuse to approve sponsored application for landing where member of family class not meeting requirements of Act, regulations — Refusals appealable under s. 77(3) — "Member of family class" not limited to those issued immigration visas — As contemplating action by "immigration officer", including those performing functions within Canada, s. 77(1) contemplating refusal of applications from within Canada regardless of whether applicants have visas — Whether "member of family class" in s. 77(1) referring only to those having applied for visas certified question.

Lavigne v. Canada (Human Resources Development) (T.D.) 305

Official languages — Commissioner of Official Languages finding public servant's language of work rights infringed and making recommendations — Extent of remedies under

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

contre le rejet de la demande parrainée d'établissement du père, de la mère et du frère du requérant — Ceux-ci ont été dispensés par décret de l'obligation d'obtenir un visa avant de venir au Canada — Le père a été déclaré non admissible pour raisons d'ordre médical — L'art. 77(3) prévoit le droit d'invoquer les raisons d'ordre humanitaire pour interjeter appel du rejet de la demande d'établissement — Le tribunal a commis une erreur pour avoir pondéré les raisons d'ordre humanitaire par le fardeau excessif que l'admission du père imposerait probablement aux services médicaux et sociaux du Canada — Si le législateur avait voulu prévoir ce processus de pondération, il aurait employé la même formule qu'à l'art. 70(1)*b*), savoir «compte tenu des circonstances de l'espèce» — Le tribunal a commis une erreur faute d'avoir considéré à part les raisons d'ordre humanitaire qui justifieraient l'octroi d'une mesure spéciale au bénéfice de la mère et du frère — Ni la Loi ni le Règlement n'oblige le tribunal, dans l'exercice de sa compétence en *equity*, à rendre la même décision à l'égard de chacun des trois intéressés — Le tribunal a commis une erreur pour avoir appliqué l'art. 6(1) du Règlement — L'art. 6(1) s'applique «lorsqu'une personne appartenant à la catégorie de la famille présente une demande de visa d'immigrant» — Le père, la mère et le frère ont été dispensés de l'obligation de demander un visa — Certification de la question de savoir si le répondant de parents dispensés de l'obligation de demander un visa a droit d'appel sous le régime de l'art. 77(3).

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Processus d'enquête en matière d'immigration — Le tribunal est habilité par l'art. 77(3) de la Loi sur l'immigration à connaître de l'appel contre le rejet de la demande d'établissement faite à l'intérieur du Canada par le père, la mère et le frère du requérant — L'art. 77(1) autorise l'agent d'immigration ou l'agent des visas à rejeter la demande parrainée d'établissement présentée par un parent qui ne remplit pas les conditions fixées par la Loi ou le Règlement — Le rejet est susceptible d'appel par application de l'art. 77(3) — Le concept de «parent» n'est pas limité aux personnes qui ont obtenu un visa d'immigrant — Du fait qu'il prévoit l'action de la part de «l'agent d'immigration», qui peut exercer ses fonctions à l'intérieur du Canada, l'art. 77(1) autorise le rejet de demandes d'établissement faites au Canada, que les demandeurs aient obtenu ou non un visa — Certification de la question de savoir le terme «parent» figurant à l'art. 77(1) s'entend uniquement de ceux qui ont demandé un visa.

Lavigne c. Canada (Développement des ressources humaines) (1^{re} inst.) 305

Langues officielles — Le Commissaire aux langues officielles a conclu qu'il y avait eu atteinte aux droits d'un fonctionnaire de travailler dans la langue de son choix et il a

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Official Languages Act, s. 77(4) — Damages — Formal apology.

Public Service — Selection process — Term appointee failing performance review, excluded from rehiring eligibility list — Alleging due to denial of training, work instruments in English — Commissioner of Official Languages finding language of work rights infringed, making recommendations — Extent of remedies under Official Languages Act, s. 77(4) — Damages — Formal apology.

Li v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (C.A.) 235

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Mr. Li convicted in Hong Kong under Prevention of Bribery Ordinance — Adjudicator concluding Hong Kong offence, Criminal Code, s. 426 equivalent, appellant inadmissible under Immigration Act, s. 19(2)(a.1)(i) — Motions Judge upholding Adjudicator, holding not necessary to compare defences, burdens of proof — Appeal allowed — Comparison of “essential elements” requiring comparison of definitions of offences, including defences — Dissection of offences into “elements”, “defences” not serving purpose of provision (exclusion of persons guilty of serious misconduct) — Definition of offences similar if involving similar criteria for establishing offence occurred, whether manifested in “elements”, “defences” — Examining comparability of offences, not of possible convictions — As Canadian offence narrower, could be convicted of Hong Kong offence but not of Canadian offence — No evidence what Li did also constituting offence in Canada — Not necessary to compare adjectival law by which conviction might be entered — Act not contemplating retrial applying Canadian rules of justice.

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Appeal from refusal to quash Immigration and Refugee Board decision appellants inadmissible to Canada pursuant to Immigration Act, s. 19(2)(a.1)(i) — Mr. Li convicted in

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

formulé des recommandations — Étendue des réparations possibles en vertu de l’art. 77(4) de la Loi sur les langues officielles — Dommages-intérêts — Excuses formelles.

Fonction publique — Processus de sélection — Un employé nommé pour une période déterminée n’a pas réussi l’examen du rendement et a été exclu de la liste d’admissibilité à la réembauche — Il a allégué que la cause en était le refus de lui fournir de la formation et des outils de travail en anglais — Le Commissaire aux langues officielles a conclu qu’il y avait eu atteinte aux droits de travailler dans la langue de son choix et il a formulé des recommandations — Étendue des réparations possibles en vertu de l’art. 77(4) de la Loi sur les langues officielles — Dommages-intérêts — Excuses formelles.

Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.A.) 235

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — M. Li reconnu coupable sous le régime de la Prevention of Bribery Ordinance à Hong Kong — L’arbitre concluant que l’infraction punissable à Hong Kong et celle prévue à l’art. 426 du Code criminel étaient équivalentes, a déclaré l’appellant non admissible par application de l’art. 19(2)a.1(i) de la Loi sur l’immigration — Le juge des requêtes a confirmé la décision de l’arbitre, concluant qu’il n’est nécessaire de comparer ni les moyens de défense ni la charge de la preuve dans les deux infractions — Appel accueilli — La comparaison des «éléments essentiels» requiert la comparaison de leurs définitions respectives, y compris les moyens de défense — La dissection de ces infractions en «éléments constitutifs» et en «moyens de défense» ferait échec au but de cette disposition (exclusion des personnes coupables de transgressions graves) — Les deux infractions ont la même définition si celle-ci prévoit les mêmes critères à observer pour prouver que l’infraction a été commise, que ces critères se traduisent par des «éléments constitutifs» ou par des «moyens de défense» — Il faut examiner la comparabilité des infractions, et non la comparabilité des possibilités de condamnation — L’infraction punissable au Canada étant entendue dans un sens plus restrictif, une personne pourrait être reconnue coupable à Hong Kong, mais non au Canada, de la même infraction — On n’a pas prouvé que ce qu’a fait M. Li constitue aussi une infraction au Canada — Il n’est pas nécessaire de comparer la procédure pénale des deux ressorts — La Loi ne prévoit pas une nouvelle audition de la cause avec application des règles de justice canadiennes.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelle et pénales — Appel contre le refus d’annuler la décision de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié, portant que les appelants ne sont pas admissibles au

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Hong Kong under Prevention of Bribery Ordinance — Adjudicator, Motions Judge concluding offences equivalent to Criminal Code, s. 426 — Holding not necessary to compare defences, burdens of proof — Not necessary to categorize requirements for offences into “elements”, “defences” — Characterization of factor as element or defence not affecting presumption of innocence guaranteed in Charter, s. 11(d) — Absent s. 1 justification, accused may not be required to prove some fact on balance of probabilities to avoid conviction.

Profekta International Inc. v. Mai (T.D.) 223

Practice — Discovery — Anton Piller orders — Plaintiff seeking Anton Piller order for detention, custody, preservation of copies of video-cassette taped programs — Defendant failing to provide accurate, complete affidavit of documents — Test for Anton Piller order met — Orders usually sought on *ex parte* basis to prevent defending party from destroying, removing offending documents, things — Granted only where ordinary discovery process ineffective — Affidavit evidence of plaintiff’s investigator compelling evidence defendant not abiding by ordinary procedure of discovery — In absence of order, probability evidence sought would disappear — Plaintiff not engaging in fishing expedition.

Thatcher v. Canada (Attorney General) (T.D.) . . . 289

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Criminal Code, s. 690 application for mercy — Adverse decision by Justice Minister potentially resulting in continuation of incarceration — Deprivation of liberty engaging Charter, s. 7 — Minister required to act fairly in exercising discretion.

Administrative law — Judicial review — Convicted murderer’s Criminal Code, s. 690 application for mercy of Crown dismissed — Application made after legal rights exhausted — No continuing lis between Crown, applicant — No statutory provisions governing exercise of discretion —

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Canada par application de l’art. 19(2)a.1(i) de la Loi sur l’immigration — M. Li reconnu coupable sous le régime de la Prevention of Bribery Ordinance à Hong Kong — L’arbitre et le juge des requêtes ont conclu que ces infractions étaient équivalentes à l’infraction prévue à l’art. 426 du Code criminel — Ils ont jugé qu’il n’est pas nécessaire de comparer ni les moyens de défense ni la charge de la preuve — Il n’est pas nécessaire de décomposer les infractions en «éléments constitutifs» et en «moyens de défense» — La qualification d’un facteur comme élément essentiel ou moyen de défense n’a pas d’effet sur la présomption d’innocence que garantit l’art. 11(d) de la Charte — Faute de justification au regard de l’article premier de la Charte, l’accusé ne serait pas obligé de démontrer certains faits suivant la prépondérance des probabilités pour éviter d’être déclaré coupable.

Profekta International Inc. c. Mai (1^{re} inst.) 223

Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Ordonnances Anton Piller — La demanderesse tente d’obtenir une ordonnance Anton Piller en vue de la détention, la garde et la conservation de copies d’émissions enregistrées sur bandes vidéo — La défenderesse a omis de fournir un affidavit de documents exact et complet — Le critère applicable aux ordonnances Anton Piller a été satisfait — Ces ordonnances sont habituellement demandées *ex parte* afin d’éviter que la partie défenderesse ne détruise ou supprime des documents ou des objets incriminants — Elles sont accordées uniquement lorsque le processus de communication habituel est inefficace — La preuve par affidavit de l’enquêteur de la demanderesse est une preuve convaincante que la défenderesse n’a pas respecté la procédure habituelle de communication — En l’absence d’une telle ordonnance, il est probable que la preuve que l’on tente d’obtenir disparaîtrait — La demanderesse n’a pas procédé à une recherche à l’aveuglette.

Thatcher c. Canada (Procureur général) (1^{re} inst.) 289

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Demande de clémence sous le régime de l’art. 690 du Code criminel — Décision défavorable prise par le ministre de la Justice pouvant avoir pour résultat la poursuite de l’incarcération — Atteinte à la liberté engageant les droits du requérant en vertu de l’art. 7 de la Charte — Le ministre est tenu d’agir équitablement dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Rejet d’une demande de clémence faite, en vertu de l’art. 690 du Code criminel, par une personne déclarée coupable de meurtre — Le requérant avait épuisé ses recours pour faire valoir ses droits — Il n’existe pas de litige en instance entre le

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

No appeal from Minister's decision — Adverse decision resulting in continuing incarceration — As no *lis*, already having received benefit of Charter in trial leading to conviction, content of duty of fairness less than that applicable to judicial proceedings — Minister of Justice must act in good faith, conduct meaningful review — Convict should have reasonable opportunity to state case — Must have adequate disclosure of new relevant information.

Criminal justice — Convicted murderer's Criminal Code, s. 690 application for mercy of Crown dismissed — Content of Minister's duty of fairness — Nature of proceedings, consequences of decision for individual, applicable statutory provisions considered — Duty of fairness met herein — S. 690 process independent of trial, appeals — Final appeal disposed of prior to *Stinchcombe* decision holding Crown, in prosecuting indictable offence, required to disclose all relevant information to defence — Once no longer in judicial system, cannot seek to re-open case on basis of subsequently decided case changing law.

Crown — Prerogatives — Criminal Code, s. 690 codifying, delegating to Minister of Justice sovereign's discretion in respect of one aspect of royal prerogative of mercy — Minister's dismissal of convicted murderer's application for mercy meeting duty of fairness — Minister conducting meaningful review, no evidence considering information not available to applicant, applicant having reasonable opportunity to state case.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Judicial review of dismissal by Minister of Justice of application for mercy of Crown under Criminal Code, s. 690 — Cabinet decisions made under authority of royal prerogative subject to judicial review for compatibility with Charter.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

ministère public et le requérant — Aucune disposition législative ne régit l'exercice du pouvoir discrétionnaire — Il n'existe aucun appel contre la décision du ministre — Décision défavorable prise par le ministre ayant pour résultat la poursuite de l'incarcération — Puisqu'il n'existe pas de litige, et que le requérant a déjà bénéficié pleinement de la Charte dans les procédures judiciaires antérieures ayant abouti à la déclaration de culpabilité, l'obligation du ministre d'agir équitablement a une ampleur moindre que celle applicable aux procédures judiciaires — Le ministre de la Justice doit agir de bonne foi et procéder à un examen sérieux — La personne déclarée coupable devrait avoir une possibilité raisonnable d'exposer sa cause — La personne déclarée coupable devrait recevoir une divulgation adéquate de nouveaux renseignements pertinents.

Justice criminelle et pénale — Rejet d'une demande de clémence faite, en vertu de l'art. 690 du Code criminel, par une personne déclarée coupable de meurtre — Ampleur de l'obligation du ministre d'agir équitablement — Examen de la nature des procédures, des conséquences de la décision sur la personne concernée et des dispositions législatives applicables — Le ministre s'est acquitté de son obligation d'agir équitablement — La procédure prévue à l'art. 690 est distincte du procès et des appels — La décision dans l'appel de dernière instance a été rendue avant l'arrêt *Stinchcombe* dans lequel la Cour a statué, relativement à un acte criminel, que le ministère public a l'obligation de divulguer à la défense tous les renseignements pertinents — Lorsque l'affaire d'une personne déclarée coupable n'est plus en cours, celle-ci ne peut chercher à faire rouvrir son dossier sur le fondement d'une décision ultérieure qui change le droit.

Couronne — Prerogatives — L'art. 690 du Code criminel codifie le pouvoir discrétionnaire du souverain relativement à un aspect de la prerogative royale de clémence et en délègue l'exercice au ministre de la Justice — Le rejet par le ministre de la demande de clémence faite par la personne déclarée coupable de meurtre est conforme à son obligation d'agir équitablement — Le ministre a procédé à un examen sérieux; rien n'indique que la décision du ministre était fondée sur des renseignements qui n'étaient pas à la disposition du requérant et celui-ci a eu une possibilité raisonnable d'exposer sa cause.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Contrôle judiciaire du rejet par le ministre de la Justice d'une demande de clémence, faite en vertu de l'art. 690 du Code criminel — Les décisions du cabinet prises en vertu de la prerogative royale sont assujetties au contrôle judiciaire aux fins de vérifier leur compatibilité avec la Charte.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Union of Nova Scotia Indians v. Canada (Attorney General) (T.D.) 325

Administrative law — Judicial review — Applicants questioning decisions on behalf of Ministers to approve screening report denying impact upon environment of dredging sea bottom to deepen channel — Issues related to procedural fairness, assessment process under Canadian Environmental Assessment Act — Failure to consider fiduciary duty to Indians lack of fairness — Doctrine of legitimate expectations not applicable — Impugned decisions administrative, not judicial — Not to be interfered with unless patently unreasonable — Conclusion project be approved subject to monitoring, mitigating measures not patently unreasonable.

Environment — Decisions on behalf of Ministers of Fisheries and Oceans, Environment to approve screening report dredging project not likely to have significant impact upon environment — Whether assessment process met requirements, standard under Canadian Environmental Assessment Act — Responsible authorities taking into account general mitigation measures, conducting careful review — Failing, however, to consider fiduciary duty owed to native people.

Native peoples — Aboriginal right to fish for food — Applicants carrying on oyster, salmon aquaculture on reserve lands — Ministers' officers failing to assess potential adverse effects of dredging project upon use of fishery resources within Bras d'Or Lakes by native people for traditional purposes, food — Failure constituting unfairness in process, error in law.

SOMMAIRE (Fin)

Union of Nova Scotia Indians c. Canada (Procureur général) (1^{re} inst.) 325

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Les requérantes mettaient en doute les décisions prises pour le compte des ministres d'approuver un rapport d'examen préalable niant que des travaux de dragage du fond de la mer destinés à approfondir un chenal avaient un effet sur l'environnement — Les questions soulevées étaient liées à l'équité procédurale et au processus d'évaluation suivi en vertu de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale — Le défaut de prendre en considération l'obligation fiduciaire due aux Indiens constituait un manque d'équité — La doctrine des attentes légitimes ne s'appliquait pas — Les décisions contestées étaient de nature administrative et non judiciaire — Ces décisions ne doivent être modifiées que si elles sont manifestement déraisonnables — La conclusion portant approbation du projet sous réserve de la prise de mesures de surveillance et d'atténuation n'était pas manifestement déraisonnable.

Environnement — Décisions prises pour le compte du ministre des Pêches et des Océans et du ministre de l'Environnement d'approuver un rapport d'examen préalable selon lequel un projet de dragage n'aurait probablement pas d'effet important sur l'environnement — La question était de savoir si le processus d'évaluation suivi satisfaisait aux exigences et à la norme prévues par la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale — Les autorités responsables ont pris en compte des mesures d'atténuation générales et procédé à un examen sérieux — Elles ont toutefois négligé de tenir compte de l'obligation fiduciaire due aux Autochtones.

Peuples autochtones — Droit des Autochtones de pêcher à des fins alimentaires — Les requérantes font l'aquaculture d'huîtres et de saumons sur des terres de réserve — Les représentants des ministres ont négligé d'évaluer les effets négatifs possibles d'un projet de dragage sur l'utilisation, par les Autochtones, des ressources halieutiques des lacs Bras D'Or à des fins traditionnelles, c'est-à-dire alimentaires — Ce défaut constituait un cas d'iniquité procédurale, et une erreur de droit.

ISSN 0384-2568 (Print/imprimé)
ISSN 2560-9610 (Online/en ligne)

**Canada
Federal Court
Reports**

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

1997, Vol. 1, Part 2

1997, Vol. 1, 2^e fascicule

T-1995-95

T-1995-95

Profekta International Inc. (Plaintiff)**Profekta International Inc. (demanderesse)**

v.

c.

Anh Lan Mai carrying on business under the registered business name of Dai Nam Video (Defendant)**Anh Lan Mai, faisant affaires sous la raison sociale de Dai Nam Video (défenderesse)****INDEXED AS: PROFEKTA INTERNATIONAL INC. v. MAI (T.D.)****RÉPERTORIÉ: PROFEKTA INTERNATIONAL INC. c. MAI (1^{re} INST.)**

Trial Division, McKeown J.—Toronto, August 7; Ottawa, August 29, 1996.

Section de première instance, juge McKeown—Toronto, 7 août; Ottawa, 29 août 1996.

Practice — Discovery — Anton Piller orders — Plaintiff seeking Anton Piller order for detention, custody, preservation of copies of video-cassette taped programs — Defendant failing to provide accurate, complete affidavit of documents — Test for Anton Piller order met — Orders usually sought on ex parte basis to prevent defending party from destroying, removing offending documents, things — Granted only where ordinary discovery process ineffective — Affidavit evidence of plaintiff's investigator compelling evidence defendant not abiding by ordinary procedure of discovery — In absence of order, probability evidence sought would disappear — Plaintiff not engaging in fishing expedition.

Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Ordonnances Anton Piller — La demanderesse tente d'obtenir une ordonnance Anton Piller en vue de la détention, la garde et la conservation de copies d'émissions enregistrées sur bandes vidéo — La défenderesse a omis de fournir un affidavit de documents exact et complet — Le critère applicable aux ordonnances Anton Piller a été satisfait — Ces ordonnances sont habituellement demandées ex parte afin d'éviter que la partie défenderesse ne détruise ou supprime des documents ou des objets incriminants — Elles sont accordées uniquement lorsque le processus de communication habituel est inefficace — La preuve par affidavit de l'enquêteur de la demanderesse est une preuve convaincante que la défenderesse n'a pas respecté la procédure habituelle de communication — En l'absence d'une telle ordonnance, il est probable que la preuve que l'on tente d'obtenir disparaîtrait — La demanderesse n'a pas procédé à une recherche à l'aveuglette.

This motion for an Anton Piller order was brought on an *ex parte* and *in camera* basis in the midst of an ongoing action. The statement of claim alleged that copies of video-cassette taped programs were in the control of the defendant and were infringing the plaintiff's interests, protected by the Copyright Act, as the exclusive Canadian licensee for those programs. The defendant has twice remitted an affidavit of documents to the plaintiff, each of which was inaccurate. The plaintiff's private investigator testified that he has rented seven programs which properly should have been disclosed, but have not been. The plaintiff has brought this motion in part on the basis that the defendant's failure to provide an accurate and complete affidavit of documents, despite having been expressly asked to make full disclosure, is equivalent to the defendant denying that she has the infringing video-cassette tapes of the programs. Two issues were raised: 1) whether the plaintiff has met the test for an Anton Piller order and 2) whether the motion was rightly brought on an *ex parte* basis and whether an Anton Piller order was a remedy

La présente requête en vue d'obtenir une ordonnance Anton Piller a été présentée *ex parte* et à huis clos dans le cadre d'une poursuite déjà en instance. Dans la déclaration, on allègue que des copies d'émissions enregistrées sur bandes vidéo sont sous la garde de la défenderesse et qu'elles portent atteinte aux droits, protégés par la Loi sur le droit d'auteur, dont jouit la demanderesse à titre de titulaire d'une licence canadienne exclusive à l'égard de ces émissions. La défenderesse a à deux occasions remis à la demanderesse un affidavit de documents inexact. Dans son témoignage, l'enquêteur de la demanderesse a affirmé avoir loué sept émissions qui auraient dû être divulguées, mais qui ne l'ont pas été. La demanderesse a déposé la présente requête notamment parce que la défenderesse, en omettant de fournir un affidavit exact et complet malgré une demande expresse en ce sens, a à toutes fins utiles nié avoir en sa possession des bandes vidéo contrefaites des émissions. On a soulevé deux questions: 1) est-ce que la demanderesse a satisfait au critère auquel est assujéti le prononcé d'une ordonnance Anton Piller? et 2) était-il

available at this point in the proceedings.

Held, the motion should be granted.

1) An Anton Piller order confers on the moving party a search and seizure power which runs contrary to the principles of private property and trespass. Therefore, it should only be granted where the moving party has satisfied a burdensome test. The plaintiff has met the three parts of that test. First, it has demonstrated that there was an extremely strong *prima facie* case. Second, the potential for damage was very serious and there was clear evidence that the defendant had in her possession videocassette tapes which she rented out without the plaintiff's permission in violation of the Act. Third, there was a real possibility that the defendant might destroy the tapes before any application *inter partes* could be made.

2) Anton Piller orders are most often sought on an *ex parte* basis to ensure the element of surprise in the sense that, as the defending party is not given notice of the order, there is no opportunity for the offending documents or things to be destroyed or removed. The Court must exercise excessive caution in hearing a motion on an *ex parte* basis when the party being excluded is represented by counsel. Compelling reasons must be offered to warrant a derogation from the *audi alteram partem* rule. To circumvent a civil litigation process which is adversarial by proceeding on an *ex parte* basis should only be allowed where there remains no other effective option. The plaintiff has, through the affidavit of its private investigator, provided compelling evidence that there was a probability, not just a possibility, that, were the defendant to be given notice of this motion, the evidence being sought would disappear. The defendant has been given two opportunities to comply with the Court's Rules and she has failed to do so. The ordinary discovery process would not have its intended effect and an Anton Piller order was appropriate. The plaintiff was not seeking this motion as part of a fishing expedition. Such motion was rightly brought on an *ex parte* basis and it was a remedy available at this point in the proceedings.

approprié de présenter la requête en l'absence de la partie adverse et est-ce qu'une ordonnance Anton Piller constituait une mesure de redressement susceptible d'être accordée à ce stade de l'instance?

Jugement: la requête doit être accordée.

1) Une ordonnance Anton Piller confère à la partie requérante des pouvoirs de perquisition et de saisie qui sont contraires aux principes applicables en matière de propriété privée et d'intrusion. Par conséquent, une ordonnance de cette nature ne doit être accordée que lorsque la partie requérante répond à un critère très strict. La demanderesse a satisfait aux trois volets de ce critère. Premièrement, elle a établi l'existence d'une preuve *prima facie* extrêmement convaincante. Deuxièmement, elle a prouvé que le risque de dommages était très grand et qu'il existait des éléments de preuve établissant sans équivoque que la défenderesse avait en sa possession des bandes vidéo qu'elle louait sans son autorisation, ce qui est contraire aux dispositions de la Loi. Troisièmement, il existait une réelle possibilité que la défenderesse détruise les bandes avant qu'une demande *inter partes* puisse être présentée.

2) Les ordonnances Anton Piller sont le plus souvent demandées en l'absence de la partie adverse. La partie demanderesse bénéficie ainsi d'un élément de surprise de sorte que la partie défenderesse, n'ayant pas été avisée de l'ordonnance, n'aura pas l'occasion de détruire ou d'enlever les documents ou les objets incriminants. La Cour doit faire preuve d'une extrême prudence lorsqu'elle entend une requête présentée *ex parte* et que la partie exclue est représentée par avocat. Il faut soumettre des motifs concluants qui justifient qu'on s'écarte de la règle *audi alteram partem*. Le processus judiciaire civil est de nature contradictoire; y échapper au moyen d'un acte de procédure présenté *ex parte* ne doit être autorisé qu'en l'absence de toute autre option efficace. La demanderesse a, par le biais de l'affidavit de son enquêteur, fourni à la Cour une preuve convaincante de la probabilité, et non seulement de la possibilité, que le fait d'aviser la défenderesse de la présente requête entraînerait la disparition de la preuve recherchée. La défenderesse a eu deux occasions de se conformer aux Règles de la Cour et elle a omis de le faire. Le processus habituel de communication ne produirait pas les effets prévus et une ordonnance Anton Piller était appropriée. La demanderesse n'a pas présenté sa requête pour tenter de découvrir des éléments de preuve additionnels. Il était légitime de présenter cette requête en l'absence de la partie adverse et il s'agissait d'une mesure de redressement susceptible d'être accordée à ce stade de l'instance.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42.

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 453 (as am. by SOR/90-846, s. 15), 470.

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 453 (mod. par DORS/90-846, art. 15), 470.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Anton Piller K.G. v. Manufacturing Processes Ltd., [1976] R.P.C. 719 (C.A.); *EMI Ltd v Pandit*, [1975] 1 All ER 418 (Ch.D.); *Yousif v. Salama*, [1980] 1 W.L.R. 1540 (C.A.).

REFERRED TO:

Pall Europe Limited and Another v. Microfiltrex Limited and Others, [1976] R.P.C. 326 (Ch.D.).

AUTHORS CITED

Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, 2nd ed. Aurora: Canada Law Book Inc., 1995.

MOTION, under Rule 470, for an Anton Piller order for the detention, custody and preservation of copies of video-cassette taped programs allegedly in the control of the defendant and allegedly infringing the plaintiff's interests, protected by the Copyright Act, as the exclusive Canadian licensee for those programs. Motion granted.

COUNSEL:

Gary J. McCallum for the plaintiff.
No one appearing for the defendant.

SOLICITORS:

Gary J. McCallum, Markham, Ontario, for the plaintiff.

The following are the reasons for order rendered in English by

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Anton Piller K.G. v. Manufacturing Processes Ltd., [1976] R.P.C. 719 (C.A.); *EMI Ltd v Pandit*, [1975] 1 All ER 418 (Ch.D.); *Yousif v. Salama*, [1980] 1 W.L.R. 1540 (C.A.).

DÉCISION CITÉE:

Pall Europe Limited and Another v. Microfiltrex Limited and Others, [1976] R.P.C. 326 (Ch.D.).

DOCTRINE

Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, 2nd ed. Aurora: Canada Law Book Inc., 1995.

REQUÊTE présentée en vertu de la Règle 470 afin d'obtenir une ordonnance Anton Piller en vue de la détention, la garde et la conservation de copies d'émissions enregistrées sur bandes vidéo qui se trouveraient sous la garde de la défenderesse et porteraient atteinte aux droits, protégés par la Loi sur le droit d'auteur, dont jouit la demanderesse à titre de titulaire d'une licence canadienne exclusive à l'égard de ces émissions. Requête accordée.

AVOCATS:

Gary J. McCallum pour la demanderesse.
Personne n'a comparu pour la défenderesse.

PROCUREURS:

Gary J. McCallum, Markham (Ontario), pour la demanderesse.

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

1 MCKEOWN J.: The plaintiff seeks an Anton Piller order on an *ex parte* and *in camera* basis, for the detention, custody and preservation of copies of video-cassette taped programs allegedly in the control of the defendant and allegedly infringing the plaintiff's rights as the exclusive Canadian licensee for those programs.

1 LE JUGE MCKEOWN: La demanderesse sollicite, *ex parte* et à huis clos, le prononcé d'une ordonnance de type Anton Piller en vue de la détention, la garde et la conservation de copies d'émissions enregistrées sur bandes vidéo qui se trouveraient sous la garde de la défenderesse et porteraient atteinte aux droits dont jouit la demanderesse en qualité de titu-

laire d'une licence exclusive au Canada à l'égard de ces émissions.

The Facts

2 The plaintiff filed a statement of claim on September 22, 1995. The plaintiff's statement of claim alleges that: 1) the defendant has knowingly infringed copyright in video-cassette taped programs owned by Television Broadcasts Limited of Hong Kong; 2) it is the exclusive Canadian licensee for the programs and as such possesses an interest protected pursuant to the provisions of the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42 (the Act) and the plaintiff licenses retail video stores to rent the programs to the public, and; 3) the defendant, who operates a retail store, rents out the programs on video-cassette tapes without the plaintiff's permission in violation of the Act.

3 This motion has been brought in the midst of an on-going action. As indicated earlier, the statement of claim was filed in September of 1995; the statement of defence was served in November of 1995. Both parties are represented by counsel. On January 23, 1996, the plaintiff served its affidavit of documents. On February 6, 1996, the defendant served an unsworn affidavit of documents which stated that the defendant had no relevant documents that were not privileged. On February 17, 1996, the plaintiff informed the defendant that video-cassette tapes are "documents" within the meaning of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663]. The plaintiff then requested of the defendant a further, amended affidavit of documents that listed all of the video-cassette tape copies of the programs in the defendant's possession. On March 4, 1996, prior to receiving an amended affidavit of documents, the plaintiff's private investigator rented an infringing video-cassette tape from the defendant's store. The defendant served her amended affidavit of documents on the plaintiff on May 9, 1996. This affidavit was unsworn, but on May 22, 1996, the defendant's counsel assured the plaintiff's counsel that the unsworn affidavit could be treated as though it were sworn. The second affidavit listed only two

Les faits

2 Le 22 septembre 1995, la demanderesse a déposé une déclaration dans laquelle elle prétend ce qui suit: 1) la défenderesse a sciemment violé le droit d'auteur que possède Television Broadcasts Limited de Hong Kong à l'égard d'émissions enregistrées sur bandes vidéo; 2) elle est titulaire d'une licence exclusive au Canada en ce qui concerne ces émissions; à ce titre, elle possède un droit protégé par les dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42 (la Loi), et elle autorise certains détaillants de vidéos à louer les émissions à la population en général et, 3) la défenderesse, qui exploite un club vidéo, loue les émissions sur des bandes vidéo sans l'autorisation de la demanderesse, ce qui contrevient à la Loi.

3 La présente requête est présentée dans le cadre d'une poursuite actuellement en instance. Comme il a déjà été mentionné, la déclaration a été déposée au mois de septembre 1995; la défense a quant à elle été signifiée en novembre 1995. Les deux parties sont représentées par avocat. Le 23 janvier 1996, la demanderesse a signifié son affidavit de documents. Le 6 février 1996, la défenderesse a signifié un affidavit non fait sous serment dans lequel elle affirme n'avoir en sa possession aucun document ne faisant pas l'objet d'un privilège. Le 17 février 1996, la demanderesse a avisé la défenderesse que les bandes vidéo constituaient des «documents» au sens des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663]. Elle lui a demandé de produire un affidavit supplémentaire modifié énumérant toutes les copies d'émissions enregistrées sur bandes vidéo se trouvant en sa possession. Le 4 mars 1996, avant d'avoir reçu l'affidavit modifié, l'enquêteur de la demanderesse a loué une bande vidéo contrefaite au club vidéo de la défenderesse. Cette dernière a signifié un affidavit modifié à la demanderesse le 9 mai 1996. L'affidavit en question n'avait pas été fait sous serment mais, le 22 mai 1996, l'avocat de la défenderesse a assuré l'avocat de la demanderesse qu'il pouvait le considérer comme ayant été signé sous serment. D'après ce

programs as being in the defendant's possession. Not included amongst these two programs were the program rented by the private investigator on March 4, 1996, and the programs rented by the private investigator in September of 1995. The plaintiff, to test the accuracy of the defendant's amended affidavit of documents, again sent the private investigator to the defendant's retail store; the private investigator rented three further copies of the programs on May 19, 1996. None of these programs was disclosed in either of the defendant's affidavits of documents.

- 4 The plaintiff has brought this motion for an Anton Piller order in part on the basis that the defendant's failure to provide an accurate and complete affidavit of documents, despite having been expressly asked to make full disclosure, is equivalent to the defendant denying that she has the infringing videocassette tapes of the programs. The plaintiff makes two submissions: firstly, the plaintiff submits that it has met the requirements of securing an Anton Piller order and that it is the appropriate means by which to secure the evidence that the defendant denies having even as she rents it out from her store; if the defendant denies having the evidence, the plaintiff submits, it is reasonable to conclude that, in the event that the trial judge orders the delivery-up of all infringing copies of the programs, she would not hesitate to remove or destroy the evidence. Secondly, without full disclosure, the plaintiff's case for damages is rendered virtually meaningless since it can only proceed with respect to the seven infringing programs that the private investigator has rented and not with respect to what the plaintiff alleges as being the "many hundreds that are doubtless in the defendant's video store."

Analysis

- 5 An Anton Piller order is a remedy which should be granted in only the rarest of circumstances as it confers on the moving party a search and seizure power which runs contrary to the principles of pri-

second affidavit, seules deux émissions se trouvaient en la possession de la défenderesse. Ces deux émissions ne comprenaient pas celle louée par l'enquêteur le 4 mars 1996 ni celles qu'il a louées en septembre 1995. Afin de vérifier l'exactitude de l'affidavit modifié de la défenderesse, la demanderesse a à nouveau envoyé son enquêteur au club vidéo de la défenderesse. Le 19 mai 1996, l'enquêteur a pu louer trois autres copies des émissions. Aucun des affidavits de la défenderesse ne fait mention de ces émissions.

4 La demanderesse a déposé la présente requête en vue d'obtenir une ordonnance Anton Piller notamment parce que la défenderesse, en omettant de fournir un affidavit exact et complet malgré une demande expresse en ce sens, a à toutes fins utiles nié avoir en sa possession des bandes vidéo contrefaites des émissions. La demanderesse a deux prétentions. Premièrement, elle fait valoir qu'elle satisfait aux exigences auxquelles le prononcé d'une ordonnance Anton Piller est assujéti et qu'il s'agit du moyen approprié pour obtenir les éléments de preuve que la défenderesse nie avoir en sa possession alors même qu'elle loue ceux-ci à son club vidéo. En effet, selon la demanderesse, si la défenderesse nie avoir en sa possession les éléments de preuve en cause, il est légitime de conclure que cette dernière n'hésiterait pas, si le juge de première instance lui ordonnait de remettre la totalité des copies contrefaites des émissions, à supprimer ou à détruire ces éléments de preuve. Deuxièmement, sans divulgation complète, la preuve que pourrait présenter la demanderesse afin d'obtenir des dommages-intérêts est pratiquement réduite à néant puisque son seul recours se fonderait alors sur les sept émissions contrefaites louées par l'enquêteur et non sur les «centaines d'émissions qui», selon la demanderesse, [TRADUCTION] «se trouvent sans aucun doute au club vidéo de la défenderesse».

Analyse

5 L'ordonnance Anton Piller est une mesure de redressement qui ne devrait être accordée qu'en de très rares cas puisqu'elle confère à la partie requérante des pouvoirs de perquisition et de saisie qui

vate property and trespass. Accordingly, an Anton Piller order must only be granted where the moving party has satisfied a burdensome test. As was enunciated in the original case dealing with such an order, *Anton Piller K.G. v. Manufacturing Processes Ltd.*, [1976] R.P.C. 719 (C.A.), the moving party must first demonstrate that it has an extremely strong *prima facie* case; secondly, that the potential for damage is very serious, and; thirdly, there must be clear evidence that the other party has in its possession incriminating documents or things, and that there is a real possibility that the other party may destroy such material before any application *inter partes* can be made. Furthermore, in my view, after an action has been commenced, I must be satisfied that it is appropriate to proceed in the absence of the other party.

6 I will indicate at the outset of these reasons that I am satisfied that the plaintiff has demonstrated that there is an extremely strong *prima facie* case. The plaintiff has provided documentary evidence of its interest in the copyright which subsists in these programs through an exclusive licensing agreement with the owners of the copyright. There is no evidence that the defendant has any authority to rent video-cassette tapes of the programs to the public. Thus, there is a serious issue to be tried. Furthermore, the potential for damage is very serious and there is clear evidence that the defendant has in her possession video-cassette tapes which she rents out without the plaintiff's permission in violation of the Act and I am satisfied that there is a real possibility that the defendant may destroy the tapes before any application *inter partes* can be made.

7 Practically speaking, so that these orders have their intended effect, Anton Piller orders are most often sought on an *ex parte* basis. This is to ensure the element of surprise in the sense that, as the defending party is not given notice of the order, there is no opportunity for the offending documents or things to be destroyed or removed. In addition, Anton Piller orders are, generally speaking, sought

sont contraires aux principes applicables en matière de propriété privée et d'intrusion. Par conséquent, une ordonnance Anton Piller ne doit être accordée que lorsque la partie requérante satisfait à des critères très stricts. Comme il a été mentionné dans la première affaire traitant de ce type d'ordonnance, *Anton Piller K.G. v. Manufacturing Processes Ltd.*, [1976] R.P.C. 719 (C.A.), la partie requérante doit d'abord établir l'existence d'une preuve *prima facie* extrêmement convaincante; elle doit ensuite prouver que le risque de dommages est très grand et, enfin, il doit y avoir une preuve évidente que l'autre partie a en sa possession des documents ou des objets incriminants et qu'il existe une réelle possibilité que cette dernière détruise ces éléments de preuve avant qu'une demande *inter partes* puisse être présentée. Dans les cas où une action a été introduite, j'estime en outre qu'on doit me persuader de l'opportunité de procéder en l'absence de l'autre partie.

6 Je signale dès le début des présents motifs que je suis convaincu que la demanderesse a établi l'existence d'une preuve *prima facie* extrêmement probante. En effet, elle a fourni une preuve documentaire de son intérêt dans le droit d'auteur existant à l'égard de ces émissions par le biais du contrat de licence exclusive intervenu avec les titulaires du droit d'auteur. Aucun élément de preuve n'indique que la défenderesse a le pouvoir de louer des bandes vidéo des émissions au grand public. Il y a donc une question sérieuse à juger. En outre, le risque de dommages est très grand et il existe des éléments de preuve établissant sans équivoque que la défenderesse a en sa possession des bandes vidéo qu'elle loue sans l'autorisation de la demanderesse, ce qui est contraire aux dispositions de la Loi. Je suis également persuadé que la défenderesse risque réellement de détruire les bandes avant qu'une demande *inter partes* puisse être présentée.

7 Pour qu'elles soient en mesure de produire l'effet voulu, les ordonnances Anton Piller sont le plus souvent demandées en l'absence de la partie adverse. La partie demanderesse bénéficie ainsi d'un élément de surprise de sorte que la partie défenderesse, n'ayant pas été avisée de l'ordonnance, n'aura pas l'occasion de détruire ou d'enlever les documents ou les objets incriminants. De plus, les ordonnances

either before or at the onset of court proceedings as it is at this point that the plaintiff becomes aware that such an order is necessary. This particular motion is unusual in the sense of its timing. The plaintiff brings this motion midway through the proceedings, after the usual discovery process has begun. Because the matter is so far advanced, both parties are represented by counsel. It is because this motion is brought *ex parte* and because of its timing that it poses difficulties which in my view had to be addressed by counsel for the plaintiff.

8 The English decision, *EMI Ltd v Pandit*, [1975] 1 All ER 418 (Ch.D.) is relevant. In that case, a copyright infringement action, the plaintiffs obtained an interlocutory injunction and an interlocutory order whereby the defendant was required to provide an affidavit which was, among other things, to include copies of all documents relevant to the infringement. The defendant served the ordered affidavit but it was subsequently discovered by the plaintiffs that the affidavit was missing vital documents. On an *ex parte* basis the plaintiffs sought what amounted to an Anton Piller order. In *EMI Ltd*, Templeman J. stated, at page 422:

In the normal course of events, a defendant will have notice of the relief which is sought against him in the exercise of the powers given by this rule and will be able to come along to the court and to give reasons why the order should not be made or why, if it is made, particular safeguards should be included. Nevertheless, in my judgment, if it appears that the object of the plaintiffs' litigation will be unfairly and improperly frustrated by the very giving of the notice which is normally required to protect the defendant, there must be exceptional and emergency cases in which the court can dispense with the notice and, either under power in the rules to dispense with notice or by the exercise of its inherent jurisdiction, making such a limited order, albeit *ex parte*, as will give the plaintiffs the relief which they would otherwise be unable to obtain. In the present case I am satisfied that, if notice were given to the defendant, that would almost certainly result in the immediate destruction of the articles and information to which the plaintiffs are entitled and which they now seek.

Anton Piller sont généralement demandées soit avant l'instance judiciaire soit au tout début de celle-ci puisque c'est à ce moment que la partie demanderesse se rendra compte de la nécessité d'une telle ordonnance. La présente requête est inhabituelle en raison du moment où elle est présentée. Elle est introduite vers le milieu de l'instance, après le début du processus normal de communication préalable. Comme l'instance est déjà bien engagée, les deux parties sont représentées par avocat. C'est parce que la requête est présentée *ex parte* et à cette étape précise de l'instance qu'elle soulève des difficultés qui, à mon avis, doivent être abordées par l'avocat de la demanderesse.

La décision anglaise *EMI Ltd v Pandit*, [1975] 1 All ER 418 (Ch.D.) est pertinente en l'espèce. Dans cette affaire qui porte sur une action en violation du droit d'auteur, les demandeurs avaient obtenu une injonction et une ordonnance interlocutoires enjoignant à la partie défenderesse de fournir un affidavit qui devait notamment comprendre les copies de tous les documents relatifs à la violation. La partie défenderesse a signifié l'affidavit visé par l'ordonnance, mais les demandeurs ont par la suite découvert que l'auteur de l'affidavit passait sous silence des documents essentiels. Les demandeurs ont donc demandé au tribunal de prononcer, *ex parte*, ce qui équivaut à une ordonnance Anton Piller. Voici ce qu'a déclaré le juge Templeman dans cette affaire à la page 422:

[TRADUCTION] En temps normal, un défendeur sera avisé du recours intenté contre lui dans l'exercice des pouvoirs conférés par cette règle et aura l'occasion de se présenter devant le tribunal afin d'exposer les raisons pour lesquelles l'ordonnance ne devrait pas être rendue ou, si elle est prononcée, d'expliquer pourquoi elle devrait être accompagnée de mesures de protection particulières. Néanmoins, à mon avis, lorsqu'il apparaît que les demandeurs seront injustement et irrégulièrement privés de l'objet visé par leur poursuite si l'avis normalement requis pour protéger le défendeur est effectivement donné à ce dernier, il doit exister des cas exceptionnels et urgents dans lesquels le tribunal peut passer outre à l'obligation de donner cet avis et où, que ce soit en vertu des règles autorisant cette omission ou dans l'exercice de sa compétence inhérente, il lui est possible de rendre, quoique *ex parte*, une ordonnance faisant l'objet de restrictions de sorte que les demandeurs bénéficient de la mesure de redressement qu'ils n'auraient pu autrement obtenir. En l'espèce, je suis con-

9 In a somewhat similar vein is Lord Denning's decision in *Yousif v. Salama*, [1980] 1 W.L.R. 1540 (C.A.), wherein Lord Denning granted an Anton Piller award stating, at page 1542:

In many cases such an order would not be granted. But in this case there is evidence (if it is accepted) which shows the first defendant to be untrustworthy. The plaintiff has a legitimate fear that the documents will be destroyed. In the circumstances, it seems to me that it would be proper to make an *Anton Piller* order to the effect that the plaintiff's solicitor would be enabled to go and get the documents—take them into his personal custody for a while—make copies of them—and then return the originals to the defendants. The solicitor would have to keep them personally himself and not let them out of his possession. It seems to me that that would be an aid to justice. It would be preserving the evidence in the case. Under R.S.C., Ord. 29, r. 2, there is a far-reaching power for preserving documents which are the subject matter of the action. These files here are not the subject matter of the action. But they are the best possible evidence to prove the plaintiff's case. There is a genuine fear that, if the plaintiff waits till after the application is heard, the first defendant may destroy the documents before the date of the hearing. That is the sort of danger which the *Anton Piller* order is designed to prevent.

10 In the present case, the plaintiff makes the same argument, that if the defendant were to be given advance notice of this motion, any relief which may be ordered by this Court would be rendered valueless as the evidence demonstrates that the defendant would dispose of the evidence rather than allow it to be discovered, either through the normal route of discovery or through an exceptional order such as the one contemplated here. In my view, the Court must exercise excessive caution in hearing a motion on an *ex parte* basis when the party being excluded is represented by counsel. While Anton Piller orders are, in the main, sought and issued on an *ex parte* basis, this fact alone does not justify denying opposing counsel the right to contest such a motion. Instead, compelling reasons must be offered to war-

vaincu que le fait de donner un avis au défendeur entraînerait presque certainement la destruction immédiate des objets et des renseignements auxquels les demandeurs ont droit et qu'ils tentent actuellement d'obtenir.

Dans l'arrêt *Yousif v. Salama*, [1980] 1 W.L.R. 1540 (C.A.), lord Denning adopte en quelque sorte la même approche lorsqu'il apporte les précisions suivantes à la page 1542 au moment de rendre une ordonnance Anton Piller:

[TRADUCTION] Dans de nombreux cas, le tribunal refuserait d'accorder une ordonnance de ce type. Mais en l'espèce, il existe des éléments de preuve (si ceux-ci sont acceptés) établissant que le premier défendeur n'est pas digne de confiance. Le demandeur craint, avec raison, que les documents seront détruits. Compte tenu de la situation, il me paraît opportun de rendre une ordonnance *Anton Piller* autorisant le procureur du demandeur à mettre la main sur les documents—c.-à-d. d'en avoir personnellement la garde pendant un certain temps—d'en faire des copies—puis de retourner les originaux aux défendeurs. Le procureur aurait l'obligation d'en assurer lui-même la garde et de ne pas s'en défaire. Il me semble que cette mesure contribuerait à rendre la justice car elle permettrait de préserver les éléments de preuve existant en l'espèce. En vertu de R.S.C., Ord. 29, r. 2, un pouvoir étendu est conféré en ce qui a trait à la préservation des documents qui font l'objet de l'action. Les dossiers visés en l'instance ne font pas l'objet de la poursuite. Mais il s'agit de la meilleure preuve possible pour prouver les prétentions du demandeur. Il existe une crainte réelle que, si le demandeur attend jusqu'après l'audition de la demande, le premier défendeur détruira les documents avant la date fixée pour l'audience. L'ordonnance *Anton Piller* a justement été conçue pour éviter ce type de danger.

10 En l'espèce, la demanderesse fait valoir les mêmes arguments: si la défenderesse est préalablement avisée de la présente requête, aucune mesure de redressement susceptible d'être ordonnée par la Cour n'aura une quelconque valeur puisqu'il est établi que la défenderesse supprimerait les éléments de preuve plutôt que d'en permettre la divulgation, que ce soit par la voie normale de la communication ou par le biais d'une ordonnance exceptionnelle comme celle envisagée ici. À mon avis, la Cour doit faire preuve d'une extrême prudence lorsqu'elle entend une requête présentée *ex parte* et que la partie exclue est représentée par avocat. Bien que les ordonnances Anton Piller soient généralement demandées et rendues *ex parte*, ce fait ne peut à lui seul justifier qu'on prive l'avocat de la partie adverse de son droit

rant derogation from the *audi alteram partem* rule. At its very essence, our civil litigation process is adversarial; to circumvent that process by proceeding on an *ex parte* basis should only be allowed where there remains no other effective option. In my view, the dissenting decision of Donaldson L.J. in the *Yousif* case is instructive on this point. Donaldson L.J. stated, at page 1543:

Discovery can be ordered at any stage. It can be ordered even before statement of claim in an appropriate case. But the ordinary basis of litigation in the English courts is that the courts will make orders and that the parties will obey those orders. Thus it is that under an order for discovery one party gives discovery to the other—and I stress the word “gives.” The party who is entitled to receive discovery has it given to him. He is not empowered to “take” discovery. What Miss Vitoria asks us to do in this case is to make an order that the plaintiff, on an *ex parte* application, should be entitled, armed with a warrant from this court, to enter the premises of the defendants and *take* discovery.

11 This principle is also eloquently stated by Mr. Justice Robert J. Sharpe, in his book *Injunctions and Specific Performance*, Aurora, Canada Law Book Inc., 2nd ed., 1995. In addressing Lord Denning’s decision in *Yousif*, Mr. Justice Sharpe wrote, at pages 2-65 and 2-66:

It is one thing to justify a significant invasion of the defendant’s privacy where there is strong evidence of an *intent to flout the ordinary process and effectively deprive the plaintiff of rights* but quite another to grant such drastic relief where there is no more than a possibility that the defendant might destroy evidence which might assist the plaintiff in making out his or her case.

A plaintiff who has been wronged is entitled to a remedy but not at all costs. Other competing values come into play. Even a wrongdoer is entitled to certain basic protections and it is difficult to justify giving the plaintiff liberty to rummage into the defendant’s private affairs unless there is compelling evidence that the defendant is bent on flouting the process of the court by refusing to

de contester la requête. On doit plutôt présenter des motifs concluants qui justifient qu’on s’écarte de la règle *audi alteram partem*. L’essence même de notre processus judiciaire civil est de nature contradictoire; y échapper au moyen d’un acte de procédure présenté *ex parte* ne doit être autorisé qu’en l’absence de toute autre option efficace. À mon avis, l’opinion dissidente exprimée par le lord juge Donaldson dans l’arrêt *Yousif* est intéressante sur ce point. Voici ce qu’il dit à la page 1543:

[TRADUCTION] La communication peut être ordonnée à n’importe quelle étape; même avant le dépôt de la déclaration dans certains cas appropriés. Mais le principe suivant est à la base même des instances judiciaires entendues par les tribunaux anglais: les tribunaux rendent des ordonnances qui doivent être respectées par les parties. C’est donc en vertu d’une ordonnance relative à la communication qu’une partie donne communication à l’autre—et j’insiste sur le terme «donne». On donne communication à la partie fondée à recevoir communication. Cette dernière n’a pas le pouvoir de «prendre» communication. Ce que mademoiselle Vitoria nous demande de faire en l’espèce est de prononcer une ordonnance suivant laquelle la partie demanderesse, dans le cadre d’une demande *ex parte*, devrait être autorisée, au moyen d’un mandat délivré par la présente Cour, à pénétrer dans les locaux des parties défenderesses et à *prendre* communication.

11 Ce principe a également été exposé avec éloquence par le juge Robert J. Sharpe dans son ouvrage intitulé *Injunctions and Specific Performance*, Aurora, Canada Law Book Inc., 2^e éd., 1995. Analyant la décision rendue par lord Denning dans l’affaire *Yousif*, le juge Sharpe a écrit ce qui suit aux pages 2-65 et 2-66:

[TRADUCTION] Il est possible de justifier une atteinte considérable à la vie privée du défendeur lorsqu’il existe des preuves convaincantes de son intention de faire fi du processus habituel et d’effectivement priver le demandeur de ses droits. Par contre, c’est une toute autre affaire d’accorder une mesure de redressement aussi rigoureuse alors qu’il n’existe qu’une simple possibilité que le défendeur détruise des éléments de preuve susceptibles d’aider le demandeur à prouver ses prétentions.

Le demandeur trompé est en droit d’obtenir un redressement, mais pas à n’importe quel prix. D’autres valeurs entrent en ligne de compte. Même l’auteur d’un préjudice bénéficie de certaines mesures de protection fondamentales et il est difficile de justifier qu’on permette au demandeur de fouiller dans les affaires personnelles du défendeur à moins qu’il existe une preuve concluante établissant que

abide by the ordinary procedure of discovery. [Footnote omitted.]

ce dernier est déterminé à faire fi du processus judiciaire en refusant de se conformer à la procédure habituelle de communication. [Note infrapaginale omise.]

12 In my view, as was the case in *EMI Ltd.* and in *Yousif*, there is compelling evidence that if the defendant were provided with notice of this motion, the plaintiff's litigation will be "unfairly and improperly frustrated". The plaintiff has, through the affidavit of its private investigator, provided this Court with compelling evidence that there is a probability, and more than a possibility, that were the defendant to be given notice of this motion, the evidence being sought would disappear. I must state, however, that I come to this conclusion reluctantly as I am loathe to proceed in any matter where there is legal counsel, without providing counsel with the opportunity to be heard.

12 À mon avis, à l'instar des affaires *EMI Ltd.* et *Yousif*, il existe en l'espèce des éléments de preuve permettant de conclure que, si la défenderesse était avisée de la présente requête, la demanderesse serait «injustement et irrégulièrement privée» de son recours. La demanderesse a, par le biais de l'affidavit de son enquêteur, fourni à la Cour une preuve convaincante de la probabilité, et non seulement de la possibilité, que le fait d'aviser la défenderesse de la présente requête entraîne la disparition de la preuve recherchée. Je dois toutefois préciser que j'en arrive à cette conclusion sans enthousiasme et que je répugne à procéder dans une affaire où une partie est représentée par avocat sans donner à celui-ci l'occasion d'être entendu.

13 The second issue which counsel for the plaintiff addressed was whether seeking an Anton Piller order is appropriate at this stage of the proceedings, where the parties have already begun the ordinary discovery process. The *Federal Court Rules* provide for discovery between parties through the exchange of affidavits of documents and in the case at bar, the parties have, at least in form, complied with this requirement. The plaintiff is not satisfied with the affidavit of documents provided by the defendant, and has tendered to the Court, evidence that the affidavit of documents is deficient. In these circumstances, I am faced with two applicable *Federal Court Rules*. First, there is Rule 453 [as am. by SOR/90-846, s. 15] which provides a remedy in circumstances where, on a motion, the moving party can satisfy the Court that the opposing party has filed an inaccurate affidavit of documents. Under ordinary circumstances, where a party is dissatisfied with an affidavit of documents, Rule 453 provides the appropriate course of action. Upon motion for an order under that Rule, the opposing parties would be afforded the opportunity to satisfy the Court as to whether or not the affidavit of documents at issue is accurate.

13 La seconde question qu'a abordée l'avocat de la demanderesse portait sur l'opportunité de demander une ordonnance Anton Piller au présent stade de l'instance alors que les parties ont déjà entamé le processus normal de communication. Les *Règles de la Cour fédérale* prévoient la communication entre les parties au moyen de l'échange d'affidavits relatifs à la divulgation de documents et, en l'espèce, les parties ont, à tout le moins sur le plan de la forme, respecté cette exigence. L'affidavit produit par la défenderesse ne satisfait pas la demanderesse, qui a présenté à la Cour des éléments de preuve de l'insuffisance de cet affidavit. Dans les circonstances, je suis donc confronté à deux dispositions applicables des *Règles de la Cour fédérale*. Il y a en premier lieu la Règle 453 [mod. par DORS/90-846, art. 15] qui offre une mesure de redressement lorsque la partie requérante peut convaincre la Cour que la partie adverse a déposé un affidavit inexact. Normalement, lorsqu'une partie n'est pas satisfaite de l'affidavit en question, la Règle 453 expose la marche à suivre. Sur présentation d'une requête visant à obtenir une ordonnance sous le régime de cette Règle, les parties adverses auraient l'occasion de convaincre la Cour de l'exactitude ou de l'inexactitude de l'affidavit en cause.

14 However, in the present circumstances, there is also Rule 470, under which Rule the plaintiff in the

14 Cependant, la Règle 470, sur laquelle la demanderesse fonde sa requête, reçoit également application

case at bar moves, which contemplates that this Court may make, *inter alia*, an order such as an Anton Piller order, for the detention, custody and preservation of property. In this case, the plaintiff is relying on the allegedly inaccurate affidavit of documents as the evidence that an Anton Piller order is required. Rather than seek to obtain an order requiring an accurate affidavit of documents, the plaintiff has chosen the more extreme route of being granted the power to enter onto the defendant's premises and seize those documents which it alleges are present there and which are not listed on the affidavit of documents. To proceed in this manner is to circumvent the ordinary discovery process in a major way. Counsel for the plaintiff has cited authority for the proposition that Anton Piller orders may be granted long after the proceedings between the parties have commenced and advanced: see, for example, *Pall Europe Limited and Another v. Microfiltrex Limited and Others*, [1976] R.P.C. 326 (Ch.D.); *Emi Ltd.*, *supra*; *Yousif*, *supra*.

15 In determining whether the plaintiff is seeking the appropriate remedy from this Court, it must be noted that Rule 470 specifically states that it is applicable either before or after the commencement of proceedings. At the same time, Rule 453 does not mandate that in the event that an inaccurate affidavit of documents is provided, the receiving party must find its remedy under that Rule. Thus, the plaintiff in this case had the choice of which Rule under which to proceed and it chose Rule 470; the only limitation on proceeding in that manner is, of course, that the plaintiff must meet the stringent test that is applicable to the granting of Anton Piller orders. In this case, part of that test becomes whether the plaintiff has satisfied me that, in light of the defendant's past actions, this is not a case where the ordinary discovery process will be effective. To use Mr. Justice Sharpe's words, quoted above, the plaintiff must demonstrate that this is a case where there is "compelling evidence that the defendant is bent on flouting the process of the court by refusing to abide by the ordinary procedure of discovery." In my view, the affidavit evidence of the plaintiff's

dans la présente affaire. Aux termes de cette Règle, la Cour peut notamment prononcer une ordonnance de type Anton Piller en vue de la détention, la garde et la conservation de biens. En l'espèce, la demanderesse s'appuie sur la présumée inexactitude de l'affidavit de documents pour prouver qu'il est nécessaire de rendre une ordonnance Anton Piller. Plutôt que de tenter d'obtenir une ordonnance enjoignant à la partie adverse de produire un affidavit exact, la demanderesse a choisi un recours plus exceptionnel: obtenir l'autorisation de pénétrer dans les locaux de la défenderesse et de saisir les documents qui, selon ses allégations, se trouvent à cet endroit et ne sont pas énumérés dans l'affidavit relatif à la divulgation. Procéder ainsi équivaut à éluder de façon majeure le processus habituel de communication. L'avocat de la demanderesse s'appuie sur les décisions suivantes pour affirmer qu'une ordonnance Anton Piller peut être rendue bien après que l'instance opposant les parties a été introduite et a progressé: voir, par exemple, *Pall Europe Limited and Another v. Microfiltrex Limited and Others*, [1976] R.P.C. 326 (Ch.D.); *EMI Ltd.*, *supra*; *Yousif*, *supra*.

Avant de déterminer si le recours intenté par la demanderesse est approprié, il faut signaler qu'il est expressément prévu à la Règle 470 que cette disposition s'applique avant ou après l'introduction de l'instance. Parallèlement, la Règle 453 n'oblige pas la partie qui reçoit un affidavit inexact à recourir uniquement à cette Règle pour obtenir un redressement. Dans la présente affaire, la demanderesse pouvait donc choisir d'invoquer l'une ou l'autre disposition et elle a opté pour la Règle 470. Ce recours n'est assujéti qu'à une seule restriction: la demanderesse doit évidemment respecter l'exigeant critère applicable en matière d'ordonnance de type Anton Piller. En l'espèce, ce critère consiste en partie pour la demanderesse à me convaincre, compte tenu des actes accomplis dans le passé par la défenderesse, qu'il s'agit d'une affaire où le processus ordinaire de communication ne sera pas efficace. Pour employer les termes du juge Sharpe cités plus haut, la demanderesse doit prouver qu'il existe en l'espèce [TRADUCTION] «une preuve concluante établissant que ce dernier [le défendeur] est déterminé à faire fi du processus judiciaire en refusant de

15

private investigator provides this compelling evidence. The defendant has twice remitted an affidavit of documents to the plaintiff, each of which, on the evidence presented to this Court, is inaccurate; the private investigator's evidence is that he has rented seven programs which properly should have been disclosed, but have not been. The defendant has been given two opportunities to comply with this Court's Rules, and I am satisfied on the evidence that she has failed to do so. Although the plaintiff has not moved for a court order requiring the defendant to provide an accurate affidavit of documents, in my view, this is one of the rare cases where the evidence demonstrates that the ordinary discovery process will not have its intended effect and an Anton Piller order is appropriate. It should be noted that the courts are careful to ensure that Anton Piller orders are not used as tools for fishing expeditions. I am satisfied, in light of the private investigator's evidence with respect to his having rented seven allegedly infringing videos, that the plaintiff is not seeking this motion as part of a fishing expedition. On the evidence, I draw the inference that there are additional allegedly infringing video-cassette tapes at the defendant's retail premises.

16 In my view, the plaintiff has met the three parts of the test for an Anton Piller order. In addition, the plaintiff has satisfied me that this motion should be done on an *ex parte* basis and that it is a remedy which is available at this point in the proceedings.

17 For these reasons, an Anton Piller order is granted.

se conformer à la procédure habituelle de communication». À mon avis, la preuve par affidavit de l'enquêteur de la demanderesse constitue cette preuve concluante. La défenderesse a remis à la demanderesse deux affidavits de documents et chacun d'eux, selon la preuve présentée à la Cour, est inexact. En effet, dans son témoignage, l'enquêteur affirme avoir loué sept émissions qui auraient dû être divulguées, mais qui ne l'ont pas été. La défenderesse a eu deux occasions de se conformer aux Règles de la Cour, et je suis convaincu, à la lumière de la preuve présentée en l'espèce, qu'elle a omis de le faire. Même si, dans sa requête, la demanderesse n'a pas demandé à la Cour de rendre une ordonnance enjoignant à la défenderesse de fournir un affidavit exact, j'estime qu'il s'agit d'une des rares occasions où la preuve établit que le processus habituel de communication ne produira pas les effets prévus et qu'une ordonnance Anton Piller est appropriée. Il importe de signaler que les tribunaux veillent attentivement à ce que les ordonnances Anton Piller ne soient pas utilisées pour effectuer des recherches à l'aveuglette. Je suis convaincu, à la lumière du témoignage de l'enquêteur qui affirme avoir loué sept présumées bandes vidéo contrefaites, que la demanderesse n'a pas présenté sa requête pour tenter de découvrir des éléments de preuve additionnels. Je déduis en outre de l'ensemble de la preuve qu'il existe d'autres bandes vidéo présumées contrefaites dans les locaux de la défenderesse.

À mon avis, la demanderesse a satisfait aux trois volets du critère applicable en matière d'ordonnances Anton Piller. La demanderesse m'a également convaincu du fait que la présente requête doit être entendue *ex parte* et qu'il s'agit d'une mesure de redressement susceptible d'être accordée au présent stade de l'instance.

Par ces motifs, une ordonnance Anton Piller est accordée.

A-329-95

A-329-95

Ronald Fook Shiu Li and Lo Hiu Weh Iren Li
(Appellants)

Ronald Fook Shiu Li et Lo Hiu Weh Iren Li
(appellants)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(Respondent)

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
(intimé)

INDEXED AS: LI v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (C.A.)

RÉPERTORIÉ: LI c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)

Court of Appeal, Strayer and Robertson J.J.A. and Chevalier D.J.—Toronto, June 4; Ottawa, August 7, 1996.

Cour d'appel, juges Strayer et Robertson, J.C.A., juge suppléant Chevalier—Toronto, 4 juin; Ottawa, 7 août 1996.

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Mr. Li convicted in Hong Kong under Prevention of Bribery Ordinance — Adjudicator concluding Hong Kong offence, Criminal Code, s. 426 equivalent, appellant inadmissible under Immigration Act, s. 19(2)(a.1)(i) — Motions Judge upholding Adjudicator, holding not necessary to compare defences, burdens of proof — Appeal allowed — Comparison of “essential elements” requiring comparison of definitions of offences, including defences — Dissection of offences into “elements”, “defences” not serving purpose of provision (exclusion of persons guilty of serious misconduct) — Definition of offences similar if involving similar criteria for establishing offence occurred, whether manifested in “elements”, “defences” — Examining comparability of offences, not of possible convictions — As Canadian offence narrower, could be convicted of Hong Kong offence but not of Canadian offence — No evidence what Li did also constituting offence in Canada — Not necessary to compare adjectival law by which conviction might be entered — Act not contemplating retrial applying Canadian rules of justice.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — M. Li reconnu coupable sous le régime de la Prevention of Bribery Ordinance à Hong Kong — L'arbitre concluant que l'infraction punissable à Hong Kong et celle prévue à l'art. 426 du Code criminel étaient équivalentes, a déclaré l'appelant non admissible par application de l'art. 19(2)a.1(i) de la Loi sur l'immigration — Le juge des requêtes a confirmé la décision de l'arbitre, concluant qu'il n'est nécessaire de comparer ni les moyens de défense ni la charge de la preuve dans les deux infractions — Appel accueilli — La comparaison des «éléments essentiels» requiert la comparaison de leurs définitions respectives, y compris les moyens de défense — La dissection de ces infractions en «éléments constitutifs» et en «moyens de défense» ferait échec au but de cette disposition (exclusion des personnes coupables de transgressions graves) — Les deux infractions ont la même définition si celle-ci prévoit les mêmes critères à observer pour prouver que l'infraction a été commise, que ces critères se traduisent par des «éléments constitutifs» ou par des «moyens de défense» — Il faut examiner la comparabilité des infractions, et non la comparabilité des possibilités de condamnation — L'infraction punissable au Canada étant entendue dans un sens plus restrictif, une personne pourrait être reconnue coupable à Hong Kong, mais non au Canada, de la même infraction — On n'a pas prouvé que ce qu'a fait M. Li constitue aussi une infraction au Canada — Il n'est pas nécessaire de comparer la procédure pénale des deux ressorts — La Loi ne prévoit pas une nouvelle audition de la cause avec application des règles de justice canadiennes.

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Appeal from refusal to quash Immigration and Refugee Board decision appellants inadmissible to Canada pursuant to Immigration Act, s. 19(2)(a.1)(i) — Mr. Li convicted in Hong Kong under Prevention of Bribery Ordinance — Adjudicator, Motions Judge con-

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelle et pénales — Appel contre le refus d'annuler la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, portant que les appelants ne sont pas admissibles au Canada par application de l'art. 19(2)a.1(i) de la Loi sur l'immigration — M. Li reconnu coupable sous le

cluding offences equivalent to Criminal Code, s. 426 — Holding not necessary to compare defences, burdens of proof — Not necessary to categorize requirements for offences into “elements”, “defences” — Characterization of factor as element or defence not affecting presumption of innocence guaranteed in Charter, s. 11(d) — Absent s. 1 justification, accused may not be required to prove some fact on balance of probabilities to avoid conviction.

This was an appeal from a refusal to quash an Immigration and Refugee Board decision that the appellants were inadmissible to Canada pursuant to *Immigration Act*, subparagraph 19(2)(a.1)(i), which prohibits admission to Canada of anyone who there are reasonable grounds to believe has been convicted of an offence that, if committed in Canada, would constitute an offence that may be punishable by way of indictment by a maximum term of less than ten years. Mr. Li had been convicted of offences under the Hong Kong *Prevention of Bribery Ordinance* and sentenced to four years' imprisonment. Subsection 9(1) thereof makes it an offence for “any agent, who without lawful authority . . . accepts any advantage as an inducement to . . . doing any act in relation to his principal's affairs or business”. Section 24 imposes the burden of proving a defence of lawful authority on the accused. The appellants sought entry to Canada in 1994. The Adjudicator concluded that Mr. Li's conviction was for an offence that if committed in Canada would constitute an offence under *Criminal Code*, subsection 426(1), which makes it an offence for an agent to corruptly accept any advantage for doing any act relating to the affairs of the principal. The Adjudicator compared the essential elements of the offences and found that “corruptly” was akin to “without lawful authority or reasonable excuse”. He rejected the argument that the offences were dissimilar because in Canada the burden of establishing absence of lawful authority or reasonable excuse would be on the Crown. He also rejected the argument that the reversal of burden of proof in Hong Kong would not be acceptable in Canada because it would be contrary to the Charter since the Charter cannot be imposed upon a foreign jurisdiction. The Motions Judge held that it was not necessary to compare defences. He rejected the argument that the Canadian requirements imposing the burden of proof on the Crown, particularly those mandated by Charter, paragraph 11(d), which guarantees the presumption of innocence, would constitute elements of the offence dissimilar to “elements” of the Hong Kong offence. He held that the Charter could not apply to the procedure employed in Hong Kong. The issues were: (1) whether the test of equivalence of an offence under foreign and Canadian law

régime de la Prevention of Bribery Ordinance à Hong Kong — L'arbitre et le juge des requêtes ont conclu que ces infractions étaient équivalentes à l'infraction prévue à l'art. 426 du Code criminel — Ils ont jugé qu'il n'est pas nécessaire de comparer ni les moyens de défense ni la charge de la preuve — Il n'est pas nécessaire de décomposer les infractions en «éléments constitutifs» et en «moyens de défense» — La qualification d'un facteur comme élément essentiel ou moyen de défense n'a pas d'effet sur la présomption d'innocence que garantit l'art. 11d) de la Charte — Faute de justification au regard de l'article premier de la Charte, l'accusé ne serait pas obligé de démontrer certains faits suivant la prépondérance des probabilités pour éviter d'être déclaré coupable.

Appel contre le refus d'annuler la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié portant que les appelants n'étaient pas admissibles au Canada par application du sous-alinéa 19(2)a.1(i) de la *Loi sur l'immigration*, qui interdit l'admission au Canada de quiconque dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'il a été déclaré coupable d'une infraction qui, si elle était commise au Canada, constituerait une infraction qui pourrait être punissable, par mise en accusation, d'un emprisonnement maximal de moins de dix ans. M. Li avait été reconnu coupable d'infractions par application de la *Prevention of Bribery Ordinance* de Hong Kong et condamné à une peine d'emprisonnement de quatre ans. Le paragraphe 9(1) de cette ordonnance prévoit que commet une infraction [TRADUCTION] «l'agent qui, sans y être légalement autorisé . . . accepte un avantage quelconque . . . à titre d'encouragement pour faire quelque chose . . . ayant un lien avec les affaires ou l'entreprise de son commettant». L'article 24 impose à l'accusé la charge de la preuve de l'autorisation légale. Les appelants ont voulu entrer au Canada en 1994. L'arbitre a conclu que l'infraction pour laquelle M. Li avait été condamné est équivalente, eût-elle été commise au Canada, à l'infraction visée par le paragraphe 426(1) du *Code criminel*, aux termes duquel commet une infraction quiconque, par corruption, accepte un avantage quel qu'il soit pour faire un acte relatif aux affaires de son commettant. Ayant comparé les éléments essentiels des infractions respectives, il conclut que l'élément constitutif exprimé par les mots «par corruption» est équivalent à la qualification de l'acte accompli «sans autorisation légale ni excuse raisonnable». Il rejette l'argument que les deux infractions ne seraient pas équivalentes puisque, au Canada, la charge de la preuve du défaut d'autorisation légale ou d'excuse raisonnable incombe au ministère public. Il rejette aussi l'argument que la charge inversée de la preuve appliquée à Hong Kong ne serait pas acceptable au Canada puisqu'elle irait à l'encontre de la Charte, car à son avis, celle-ci ne saurait être imposée à un pays étranger. Le juge des requêtes a conclu qu'il n'est pas nécessaire de comparer les moyens de défense. Il rejette aussi l'argument selon lequel les règles de droit canadiennes qui imposent au ministère public la charge de

requires a comparison of both the elements of, and defences to, each offence, under the respective laws of each country; and (2) whether there must be an equivalence of burdens of proof, in respect of the trial of the offences being compared, in order for those offences to be equivalent.

Held, the appeal should be allowed.

(1) A comparison of the “essential elements” of the respective offences requires a comparison of the definitions of those offences, including defences particular to those offences. Characterization of a factor as an element or defence cannot affect the presumption of innocence: absent a justification within section 1 of the Charter, an accused may not be “required to prove some fact on the balance of probabilities to avoid conviction”. Nor does a proper interpretation of subparagraph 19(2)(a.1)(i) require such a technical dissection of foreign and Canadian offences into “elements” and “defences”. Furthermore, determinations of equivalency are being made in a quasi-judicial proceeding by an adjudicator, who cannot be expected to make such fine distinctions in Canadian or foreign criminal law. The purpose of the provision is to exclude from Canada persons who have been convicted abroad for activities which Canada regards by its laws as constituting serious misconduct. This purpose would not be served by a rule that two offences are not equivalent because the requirement of a particular intent in the foreign law is treated as an element of the offence, whereas in Canadian law its lack is treated as a defence. Equivalency of offences requires essentially the similarity of definitions of offences. A definition is similar if it involves similar criteria for establishing that an offence has occurred, whether manifested in “elements” (in the narrow sense) or “defences” in the two sets of laws. It is not necessary to compare all the general principles of criminal responsibility in the two systems: what is being examined is the comparability of offences, not the comparability of possible convictions in the two countries.

The Canadian offence is narrower than the Hong Kong offence because “corruptly” has been held to mean “without disclosure”. Once disclosure is made, the taking of a

la preuve, particulièrement l’impératif de l’alinéa 11*d*) de la Charte, qui porte présomption d’innocence, font que l’infraction punissable au Canada comporte des «éléments constitutifs» différents de ceux de l’infraction punissable à Hong Kong. Il conclut que la Charte ne saurait s’appliquer à la procédure observée à Hong Kong. Il échet d’examiner: (1) si le critère de l’équivalence entre une infraction punissable par la loi étrangère et une infraction punissable par la loi canadienne prescrit la comparaison à la fois de leurs éléments constitutifs et des moyens de défense respectivement prévus par la loi de chaque pays; et (2) si l’équivalence entre ces infractions est assujettie à l’équivalence de la charge de la preuve imposée dans leur jugement respectif.

Arrêt: l’appel doit être accueilli.

(1) La comparaison des «éléments essentiels» des infractions respectives requiert la comparaison de leurs définitions respectives, y compris les moyens de défense propres à ces infractions. La qualification d’un facteur comme élément essentiel ou moyen de défense ne devrait pas avoir d’effet sur la présomption d’innocence: faute de justification au regard de l’article premier de la Charte, l’accusé n’est pas obligé de «démontrer certains faits suivant la prépondérance des probabilités pour éviter d’être déclaré coupable». Une interprétation correcte du sous-alinéa 19(2)*a.1*(i) ne nécessite pas non plus une dissection aussi méticuleuse de l’infraction punissable au Canada et de celle punissable dans le pays étranger en «éléments constitutifs» et en «moyens de défense». D’ailleurs, la décision sur l’équivalence est le fait d’un arbitre dans une procédure quasi judiciaire, dont on ne peut guère s’attendre qu’il fasse des distinctions aussi subtiles dans le droit pénal canadien ou étranger. Cette disposition a pour objet d’exclure du Canada des personnes reconnues coupables à l’étranger d’infractions que la loi canadienne considère comme des transgressions graves. Ce serait faire échec à ce but que de poser pour règle que deux infractions ne sont pas équivalentes parce que l’existence d’une certaine intention est considérée comme un élément constitutif dans la loi étrangère, et son absence, comme un moyen de défense dans la loi canadienne. L’équivalence tient essentiellement à la similitude de définition des deux infractions. Une définition est similaire si elle prévoit les mêmes critères à observer pour prouver que l’infraction a été commise, que ces critères se traduisent par des «éléments constitutifs» (au sens restrictif) ou par des «moyens de défense» dans l’une ou l’autre loi. Il n’est pas nécessaire de comparer tous les principes généraux de responsabilité pénale dans les deux systèmes: ce qu’il faut examiner, c’est la comparabilité des infractions, et non la comparabilité des possibilités de condamnation dans les deux pays.

L’infraction punissable au Canada a un sens plus restrictif que ce n’est le cas pour l’infraction punissable à Hong Kong, puisqu’il a été jugé que «par corruption» signifie

reward by an agent cannot be found to have been done "corruptly". Under the Hong Kong Ordinance, mere disclosure would not render innocent the taking of a bribe or advantage. Thus persons could be convicted of the Hong Kong offence where they would not be guilty of the Canadian offence. There was no evidence from the trials in Hong Kong which demonstrated that what Mr. Li did would also have constituted an offence within the narrower Canadian offence. Although this raised the question of who has the burden of proof in the application of subparagraph 19(2)(a.1)(i), as the issue was not argued, the Court did not address it.

(2) In determining the equivalence of offences for the purposes of subparagraph 19(2)(a.1)(i) an adjudicator should not compare the procedural or evidentiary rules of the two jurisdictions, even if the Canadian rules are mandated by the Charter. Neither the literal meaning of subparagraph 19(2)(a.1)(i) nor the scheme of the Act require such comparisons. The Act does not contemplate a retrial of the case applying Canadian rules of evidence. Nor does it contemplate an examination of the validity of the conviction abroad. It is appropriate for Canadian tribunals to recognize and accept the validity of foreign legal systems without measuring them against the Charter.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 10(b), 11(d), (h), 32.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 283(1), 386(2), 389.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 426(1), 429(2).
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 8(1), 19(2)(a.1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11), (3), 20 (as am. *idem*, s. 12), 83(1) (as am. *idem*, s. 73).
Prevention of Bribery Ordinance, Laws of Hong Kong, Revised edition 1987, c. 201, ss. 9(1), (4), (5), 24.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Brannson v. Minister of Employment and Immigration, [1981] 2 F.C. 141; (1980), 34 N.R. 411 (C.A.);

«faute de divulgation». Dès qu'il y a divulgation en temps utile, l'acceptation de la récompense par l'agent ne peut plus être considérée comme l'ayant été «par corruption». Sous le régime de l'ordonnance de Hong Kong, la simple divulgation ne déculpabilise pas l'acceptation du pot-de-*vin* ou de l'avantage. Des personnes pourraient donc être reconnues coupables à Hong Kong dans des circonstances telles qu'elles ne seraient pas déclarées coupables de la même infraction au Canada. Il n'y a eu lors des procès de Hong Kong aucune preuve permettant de conclure que les agissements de M. Li auraient constitué une infraction au sens plus restrictif de la loi canadienne. Ceci donne lieu à une autre question, celle de savoir qui a la charge de la preuve dans l'application du sous-alinéa 19(2)(a.1)(i), mais comme cette question n'a pas été débattue, la Cour ne l'a pas tranchée.

(2) Pour examiner l'équivalence entre les deux infractions pour l'application du sous-alinéa 19(2)(a.1)(i), il n'y a pas lieu pour l'arbitre de faire un parallèle entre les règles de preuve ou de procédure applicables dans les deux ressorts respectifs, lors même que les normes canadiennes sont imposées par la Charte. Ni le sens littéral du sous-alinéa 19(2)(a.1)(i) ni l'économie de la Loi ne requiert pareille comparaison. La Loi ne prévoit pas une nouvelle audition de la cause avec application des règles de preuve canadiennes. Elle ne prévoit pas non plus l'examen de la validité du verdict de culpabilité prononcé dans le pays étranger. Il est loisible aux tribunaux canadiens de reconnaître ou d'accepter la validité du système juridique d'autres pays abstraction faite de la Charte.

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, 10(b), 11(d), (h), 32.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 426(1), 429(2).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 283(1), 386(2), 389.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 8(1), 19(2)(a.1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11), (3), 20 (mod., *idem*, art. 12), 83(1) (mod., *idem*, art. 73).
Prevention of Bribery Ordinance, Laws of Hong Kong, Revised edition 1987, ch. 201, art. 9(1), (4), (5), 24.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Brannson c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration, [1981] 2 C.F. 141; (1980), 34 N.R. 411 (C.A.);

Hill v. Minister of Employment and Immigration (1987), 73 N.R. 315 (F.C.A.); *Steward v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1988] 3 F.C. 487; (1988), 84 N.R. 236 (C.A.); *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; [1988] 5 W.W.R. 26; (1988), 29 B.C.L.R. (2d) 273; 42 C.C.C. (3d) 97; 64 C.R. (3d) 123; 6 M.V.R. (2d) 138; 86 N.R. 328; *R. v. Kelly*, [1992] 2 S.C.R. 170; (1992), 92 D.L.R. (4th) 643; [1992] 4 W.W.R. 640; 9 B.C.A.C. 161; 68 B.C.L.R. (2d) 1; 73 C.C.C. (3d) 385; 14 C.R. (4th) 181; 137 N.R. 161; 19 W.A.C. 161; *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; (1987), 39 D.L.R. (4th) 18; 33 C.C.C. (3d) 193; 58 C.R. (3d) 1; 28 C.R.R. 280; 20 O.A.C. 161; 76 N.R. 12; *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207.

REFERRED TO:

Moore v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1989] F.C.J. No. 34 (C.A.) (QL); *Lilly v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 794; (1983), 147 D.L.R. (3d) 758; 34 C.R. (3d) 297.

AUTHORS CITED

Mewett & Manning on Criminal Law, 3rd ed. by Mewett, A. W. and M. Manning. Markham, Ont.: Butterworths, 1994.
Mewett, A. W. and M. Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.
Stuart, Don R. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1995.

APPEAL from Motions Judge's refusal to quash an Immigration and Refugee Board decision that the appellants were inadmissible to Canada pursuant to *Immigration Act*, subparagraph 19(2)(a.1)(i) (*Li v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 95 F.T.R. 298 (F.C.T.D.)) because Mr. Li had been convicted in Hong Kong of offences which were found to be equivalent to *Criminal Code*, section 426. Appeal allowed.

COUNSEL:

Lorne Waldman for appellants.
Chico Korbee for respondent.

SOLICITORS:

Lorne Waldman, Toronto, for appellants.

Hill c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (1987), 73 N.R. 315 (C.A.F.); *Steward c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1988] 3 C.F. 487; (1988), 84 N.R. 236 (C.A.); *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; [1988] 5 W.W.R. 26; (1988), 29 B.C.L.R. (2d) 273; 42 C.C.C. (3d) 97; 64 C.R. (3d) 123; 6 M.V.R. (2d) 138; 86 N.R. 328; *R. c. Kelly*, [1992] 2 R.C.S. 170; (1992), 92 D.L.R. (4th) 643; [1992] 4 W.W.R. 640; 9 B.C.A.C. 161; 68 B.C.L.R. (2d) 1; 73 C.C.C. (3d) 385; 14 C.R. (4th) 181; 137 N.R. 161; 19 W.A.C. 161; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; (1987), 39 D.L.R. (4th) 18; 33 C.C.C. (3d) 193; 58 C.R. (3d) 1; 28 C.R.R. 280; 20 O.A.C. 161; 76 N.R. 12; *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207.

DÉCISIONS CITÉES:

Moore c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1989] F.C.J. n° 34 (C.A.) (QL); *Lilly c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 794; (1983), 147 D.L.R. (3d) 758; 34 C.R. (3d) 297.

DOCTRINE

Mewett & Manning on Criminal Law, 3rd ed. by Mewett, A. W. and M. Manning. Markham, Ont.: Butterworths, 1994.
Mewett, A. W. and M. Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.
Stuart, Don R. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1995.

APPEL contre le refus du juge des requêtes d'annuler la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, portant que les appelants ne sont pas admissibles au Canada par application du sous-alinéa 19(2)a.1(i) de la *Loi sur l'immigration (Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 95 F.T.R. 298 (C.F. 1^{re} inst.)) par ce motif que M. Li avait été reconnu coupable à Hong Kong d'infractions jugées équivalentes à l'infraction visée par l'article 426 du *Code criminel*. Appel accueilli.

AVOCATS:

Lorne Waldman pour les appelants.
Chico Korbee pour l'intimé.

PROCUREURS:

Lorne Waldman, Toronto, pour les appelants.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

STRAYER J.A.:

LE JUGE STRAYER, J.C.A.:

Introduction

Introduction

1 This is an appeal from an order of the Trial Division dated May 11, 1995 [(1995), 95 F.T.R. 298] in which the Motions Judge refused to quash a decision of the Adjudication Division of the Immigration and Refugee Board of September 14, 1994. That decision determined that the appellants were inadmissible to Canada pursuant to subparagraph 19(2)(a.1)(i) of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11)] and they were ordered deported. In dismissing the application to quash, the Motions Judge certified four questions for consideration by this Court, thus making possible an appeal under subsection 83(1) [as am. *idem*, s. 73] of the *Immigration Act*.¹

1 Il y a en l'espèce appel formé contre la décision en date du 11 mai 1995 de la Section de première instance [(1995), 95 F.T.R. 298], par laquelle le juge des requêtes a refusé d'annuler la décision en date du 14 septembre 1994 de la section d'arbitrage de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. Par cette dernière décision, celle-ci avait jugé que les appelants n'étaient pas admissibles au Canada par application du sous-alinéa 19(2)a.1(i) de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11)] et avait ordonné leur expulsion du pays. Après avoir rejeté la requête en annulation, le juge des requêtes a certifié quatre questions à soumettre à la Cour, ce qui rendait possible l'appel sous le régime du paragraphe 83(1) [mod., *idem*, art. 73] de la *Loi sur l'immigration*.¹

Facts

Les faits de la cause

2 The appellant Ronald Fook Shiu Li is a former chairman of the Hong Kong Stock Exchange. He was convicted there in October, 1990 of two offences under section 9 of the Hong Kong *Prevention of Bribery Ordinance*² and was sentenced to four years imprisonment.

2 L'appelant Ronald Fook Shiu Li, ancien président de la Bourse de Hong Kong, a été reconnu coupable en octobre 1990 de deux infractions par application de l'article 9 de la *Prevention of Bribery Ordinance*² de Hong Kong et condamné à une peine d'emprisonnement de quatre ans.

3 The appellants, Mr. Li and his wife, sought entry into Canada in April, 1994. A report under section 20 [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 12] of the *Immigration Act* was issued in respect of Mr. Li and an inquiry was convened before an adjudicator commencing in August, 1994. It was agreed by the parties that his wife, the other appellant, would be included in any order made in respect of him. The allegation against Mr. Li was that he fell within the category of inadmissible persons set out in subparagraph 19(2)(a.1)(i) which provides as follows:

3 Les appelants, M. Li et son épouse, ont voulu entrer au Canada en avril 1994. Un rapport a été établi en application de l'article 20 [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 12] de la *Loi sur l'immigration* au sujet de M. Li et une enquête s'est ouverte en présence d'un arbitre en août 1994. Les parties sont convenues que l'épouse, qui est l'autre appelant, serait comprise dans toute mesure prise à l'égard de M. Li. L'allégation faite contre ce dernier était qu'il faisait partie de la catégorie des personnes non admissibles visées au sous-alinéa 19(2)a.1(i), qui prévoit ce qui suit:

19. . . .

(2) No immigrant and, except as provided in subsection (3), no visitor shall be granted admission if the immigrant or visitor is a member of any of the following classes:

. . .

(a.1) persons who there are reasonable grounds to believe

(i) have been convicted outside Canada of an offence that, if committed in Canada, would constitute an offence that may be punishable by way of indictment under any Act of Parliament by a maximum term of imprisonment of less than ten years, or

4 The relevant provisions of the *Prevention of Bribery Ordinance* under which the appellant Mr. Li was convicted are as follows:

9(1) Any agent who, without lawful authority or reasonable excuse, solicits or accepts any advantage as an inducement to or reward for or otherwise on account of his —

(a) doing or forbearing to do, or having done or forborne to do, any act in relation to his principal's affairs or business; . . .

shall be guilty of an offence.

. . .

(4) If an agent solicits or accepts an advantage with the permission of his principal, being permission which complies with subsection (5), neither he nor the person who offered the advantage shall be guilty of an offence under subsection (1) or (2).

(5) For the purposes of subsection (4) permission shall—

(a) be given before the advantage is offered, solicited or accepted; or

(b) in any case where an advantage has been offered or accepted without prior permission, be applied for and given as soon as reasonably possible after such offer or acceptance,

and for such permission to be effective for the purposes of subsection (4), the principal shall, before giving such permission, have regard to the circumstances in which it is sought.

. . .

24. In any proceedings against a person for an offence under this Ordinance, the burden of proving a defence of

19. . . .

(2) Appartiennent à une catégorie non admissible les immigrants et, sous réserve du paragraphe (3), les visiteurs qui:

. . .

a.1) sont des personnes dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles ont, à l'étranger:

(i) soit été déclarées coupables d'une infraction qui, si elle était commise au Canada, constituerait une infraction qui pourrait être punissable, aux termes d'une loi fédérale, par mise en accusation, d'un emprisonnement maximal de moins de dix ans, . . .

Voici les dispositions de la *Prevention of Bribery Ordinance* en application desquelles M. Li a été condamné: 4

[TRADUCTION] 9(1) Est coupable d'infraction l'agent qui, sans y être légalement autorisé ni justifier d'aucune excuse raisonnable, sollicite ou accepte un avantage quelconque, notamment à titre d'encouragement ou de récompense:

a) pour faire ou s'abstenir de faire quelque chose, ou pour avoir fait ou s'être abstenu de faire quelque chose, ayant un lien avec les affaires ou l'entreprise de son commettant . . .

. . .

(4) Si l'agent sollicite ou accepte l'avantage après que son commettant lui en a donné la permission dans les conditions prévues au paragraphe (5), ni lui ni la personne qui offre cet avantage n'est coupable de l'infraction prévue au paragraphe (1) ou (2).

(5) La permission visée au paragraphe (4):

a) doit être donnée avant que l'avantage ne soit offert, sollicité ou accepté;

b) doit être demandée et donnée dès que raisonnablement possible, lorsque l'avantage a été offert ou accepté sans permission préalable;

dans les deux cas, le commettant ne donne la permission que compte tenu de toutes les circonstances dans lesquelles la demande en a été faite.

. . .

24. Il incombe à la personne poursuivie en justice sous le régime de la présente ordonnance de prouver que ses

lawful authority or reasonable excuse shall lie upon the accused.

The Adjudicator concluded that Mr. Li's conviction under that Ordinance was for an offence that if committed in Canada would constitute an offence under subsection 426(1) of the *Criminal Code* of Canada,³ which provides as follows:

426. (1) Every one commits an offence who

(a) corruptly

(i) gives, offers or agrees to give or offer to an agent, or

(ii) being an agent, demands, accepts or offers or agrees to accept from any person,

any reward, advantage or benefit of any kind as consideration for doing or forbearing to do, or for having done or forborne to do, any act relating to the affairs or business of his principal or for showing or forbearing to show favour or disfavour to any person with relation to the affairs or business of his principal;

5 The Adjudicator proceeded on the basis that, in order to apply subparagraph 19(2)(a.1)(i) to Mr. Li, it was necessary for him to find that the essential elements for a conviction under the *Criminal Code* were also required by Hong Kong law for the convictions entered there against Mr. Li. He stated as follows:

This process involves a determination of the various essential elements of both the Hong Kong and Canadian offences and a comparison of those elements. The offence in Hong Kong appears to have the following essential elements.

- (1) The offender is an agent for a principal.
- (2) He or she accepts or solicits any advantage as an inducement or reward.
- (3) The acceptance or solicitation is carried out without lawful authority or reasonable excuse.
- (4) The inducement or reward is to have the offender do something, or not do something in relation to the principal's affairs.

agissements sont légalement autorisés ou justifient d'une excuse raisonnable.

L'arbitre a conclu que l'infraction pour laquelle M. Li avait été condamné sous le régime de l'ordonnance susmentionnée est équivalente, eût-elle été commise au Canada, à l'infraction visée par le paragraphe 426(1) du *Code criminel*³, qui prévoit ce qui suit:

426. (1) Commet une infraction quiconque, selon le cas:

a) par corruption:

(i) donne ou offre, ou convient de donner ou d'offrir, à un agent,

(ii) étant un agent, exige ou accepte ou offre ou convient d'accepter, de quoi que ce soit,

une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque sorte à titre de contrepartie pour faire ou s'abstenir de faire, ou pour avoir fait ou s'être abstenu de faire, un acte relatif aux affaires ou à l'entreprise de son commettant ou pour témoigner ou s'abstenir de témoigner de la faveur ou de la défaveur à une personne quant aux affaires ou à l'entreprise de son commettant;

L'arbitre a jugé que M. Li ne tombait sous le coup du sous-alinéa 19(2)a.1(i) que si les éléments essentiels de l'infraction punie par le *Code criminel* étaient aussi requis par la loi applicable à Hong Kong pour les infractions pour lesquelles il y a été condamné. Voici la conclusion qu'il a tirée à ce propos:

[TRADUCTION] Il échet d'examiner et de comparer les éléments essentiels respectifs de l'infraction punissable à Hong Kong et de celle punissable au Canada. Il appert que l'infraction punissable à Hong Kong comporte les éléments essentiels suivants:

- (1) Le contrevenant est l'agent d'un commettant.
- (2) Il accepte ou sollicite un avantage à titre d'encouragement ou de récompense.
- (3) L'acceptation ou la sollicitation a eu lieu sans autorisation légale ni excuse raisonnable.
- (4) L'encouragement ou la récompense vise à obtenir du contrevenant qu'il fasse ou s'abstienne de faire quelque chose ayant un lien avec les affaires de son commettant.

5

The Canadian offence suggested by the case presenting officer has the following essential elements.

- (1) The offender is an agent for a principal.
- (2) He or she demands, accepts or offers or agrees to accept a reward, advantage or benefit.
- (3) The demand or acceptance is carried out corruptly and
- (4) The reward, advantage or benefit is to have the offender do something or not do something in relation to the principal's affairs.⁴

The Adjudicator noted that counsel for Mr. Li argued that the third elements in the two analyses were sufficiently different so that the offence for which he was convicted in Hong Kong would not constitute an offence in Canada. The Adjudicator concluded, however, that the requirement in the *Criminal Code* that the act be done "corruptly" was akin to the requirement in the *Prevention of Bribery Ordinance* that the act be carried out "without lawful authority or reasonable excuse". He felt that both offences would require proof of a similar *mens rea*. While it is accepted in Canada that the essence of acting "corruptly" in respect of this offence is to take the benefit without disclosing it to the principal, the Adjudicator thought that this might be equivalent to the requirement that there be a lack of "reasonable excuse". He rejected the argument that, because under section 24 of the *Prevention of Bribery Ordinance* the burden is on the accused to prove lawful authority or reasonable excuse, this would make the offences dissimilar because in Canada the burden would be on the Crown. He dismissed this difference as "procedural in nature". He also rejected the argument that the reversal of burden of proof in Hong Kong would not be acceptable in Canada because it would be contrary to 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]]. He took the view that the Charter cannot "be imposed upon a foreign jurisdiction". Thus, the Adjudicator concluded that Mr. Li fell within subparagraph 19(2)(a.1)(i) of the *Immigration Act* and was subject to deportation. The Adjudicator also

L'infraction punissable au Canada, telle qu'en fait état l'agent chargé de présenter les cas, comporte les éléments essentiels suivants:

- (1) Le contrevenant est l'agent d'un commettant.
- (2) Il exige, accepte, offre ou convient d'offrir une récompense, un avantage ou un bénéfice.
- (3) Il exige ou accepte par corruption.
- (4) La récompense, l'avantage ou le bénéfice vise à obtenir du contrevenant qu'il fasse ou s'abstienne de faire quelque chose ayant un lien avec les affaires de son commettant⁴.

Notant que selon l'avocat de M. Li, le troisième élément était suffisamment différent d'une analyse à l'autre pour que l'infraction pour laquelle ce dernier avait été condamné à Hong Kong ne constitue pas une infraction au Canada, l'arbitre conclut que l'élément constitutif exprimé dans le *Code criminel* par les mots «par corruption» est équivalent à la qualification donnée dans la *Prevention of Bribery Ordinance* de l'acte accompli «sans autorisation légale ni excuse raisonnable». Il estime qu'il faut faire la preuve de la même intention coupable pour l'une et l'autre infractions. Alors qu'il est accepté au Canada qu'au regard de l'infraction en question, le fait d'agir «par corruption» revient essentiellement à accepter l'avantage sans en informer le commettant, l'arbitre estime que cet élément est équivalent à l'absence d'«excuse raisonnable». Il rejette l'argument que l'article 24 de la *Prevention of Bribery Ordinance* imposant à l'accusé la charge de prouver l'autorisation légale ou l'excuse raisonnable, les deux infractions ne seraient pas équivalentes puisque, au Canada, la charge de la preuve incombe au ministère public. Aux yeux de l'arbitre, cette différence est d'«ordre procédural». Il rejette aussi l'argument que la charge inversée de la preuve que prévoit la loi de Hong Kong ne serait pas acceptable au Canada puisqu'elle irait à l'encontre 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]]. À son avis, la Charte ne saurait «être imposée à un pays étranger». Il conclut ainsi que M. Li tombait sous le coup du sous-alinéa 19(2)(a.1)(i) de la *Loi sur l'immigration*

rejected a request that he exercise his discretion pursuant to subsection 19(3) of the *Immigration Act* and grant entry to the appellants for a few days.

6 The appellants sought judicial review of these decisions but the learned Motions Judge refused to quash them. The appellants appeal to this Court the refusal of the Motions Judge to quash the deportation order. No mention is made in the notice of appeal of the Adjudicator's refusal to exercise his discretion under subsection 19(3), and that matter was not argued before us.

7 The learned Motions Judge in refusing to quash the deportation order generally agreed with the conclusions of the Adjudicator. He held that in the consideration of the essential elements of the two offences it is not necessary to compare defences. He also rejected the argument that Canadian requirements of the Crown having the burden of proof, particularly those mandated by paragraph 11(d) of the Charter,⁵ would constitute elements of the offence dissimilar to "elements" of the Hong Kong offence. He held that the Charter could have no application to the procedure employed in Hong Kong.

8 Although the learned Motions Judge dismissed the application for judicial review, at the request of counsel for the respondent he certified the following four questions [at page 307]:

1. The criminal equivalency test under s. 19(2)(a.1)(i) of the *Immigration Act*, as developed by the Federal Court of Appeal in *Moore, Steward, Hill, and Brannson*, requires a comparison of the "essential elements" of the respective offenses. Does a comparison of the "essential elements" require a comparison of the statutory defences available in the respective offenses as well?

2. Does a comparison of the "essential elements" of the respective offenses require a comparison of all defences available under the respective laws?

3. Does a comparison of the "essential elements" of the respective offenses require a comparison of the burdens of proof available under the respective laws?

et était susceptible d'expulsion. L'arbitre se refuse par ailleurs à exercer son pouvoir discrétionnaire en application du paragraphe 19(3) de la même Loi pour accorder aux appelants le droit de séjourner quelques jours au Canada.

6 Les appelants ont exercé un recours en contrôle judiciaire contre ces décisions, mais le juge des requêtes a refusé de les annuler. C'est ce refus du juge des requêtes qui a été porté en appel devant la Cour. L'avis d'appel ne fait pas état du refus de l'arbitre d'exercer le pouvoir discrétionnaire qu'il tient du paragraphe 19(3), et ce point n'a fait l'objet d'aucune argumentation devant la Cour.

7 Dans son refus d'annuler la mesure d'expulsion, le juge des requêtes a essentiellement souscrit aux conclusions de l'arbitre. À son avis, il n'est pas nécessaire, dans l'analyse des éléments constitutifs des deux infractions, de comparer les moyens de défense respectivement prévus dans les deux ressorts. Il rejette aussi l'argument selon lequel les règles de droit canadiennes qui imposent au ministère public la charge de la preuve, particulièrement l'impératif de l'alinéa 11(d) de la Charte⁵, font que l'infraction punissable au Canada comporte des «éléments constitutifs» différents de ceux de l'infraction punissable à Hong Kong. Il conclut que la Charte ne saurait s'appliquer à la procédure observée à Hong Kong.

8 Bien qu'il ait rejeté la demande de contrôle judiciaire, le juge des requêtes a certifié les quatre questions suivantes à la demande de l'avocat de l'intimé [à la page 307]:

1. Le critère de l'équivalence des infractions prévue à l'art. 19(2)a.1(i) de la *Loi sur l'immigration*, tel qu'il a été défini par la Cour d'appel fédérale dans les décisions *Moore, Steward, Hill et Brannson*, requiert la comparaison des «éléments essentiels» de l'infraction. La comparaison des «éléments essentiels» requiert-elle à son tour la comparaison des moyens de défense prévus par la loi à l'égard de cette infraction dans l'un et l'autre pays?

2. La comparaison des «éléments essentiels» de l'infraction requiert-elle la comparaison de tous les moyens de défense prévus par les lois respectives?

3. La comparaison des «éléments essentiels» de l'infraction requiert-elle la comparaison de la charge de la preuve prévue par les lois respectives?

4. Does a comparison of the “essential elements” of the respective offenses require a comparison of the Charter defences, including the defence of the unconstitutionality of the reverse onus of proof, that are available under the respective laws?

- 9 Counsel for the appellants urges that each of these questions be answered in the affirmative. In effect he argues that there must be an equivalence, collectively at least, of both “elements” (as narrowly defined) and of defences. He also argues that there must be an equivalence in matters such as burden of proof, with particular regard in this case to the different result that the Charter would dictate in a trial in Canada as compared to a trial in Hong Kong under the Ordinance as it then stood. On the other hand, the respondent argues that defences should not be taken into account in determining whether the offences are equivalent. Further it is said that it is not necessary, in establishing equivalence, to demonstrate that the rules of evidence including the burden of proof would be the same in the two jurisdictions, even though the procedures followed in the country of conviction would not, because of the Charter, be acceptable in a Canadian court.

Issues

- 10 As the parties have not really argued that there is a distinction between statutory defences and other defences for the purposes of determining the criteria of equivalence of offences, it appears to me that questions 1 and 2 can be dealt with together. Similarly it appears to me that questions 3 and 4 both ask in effect whether a reversal of the burden of proof in a foreign country prevents a conviction there from being equivalent to a conviction for an offence under Canadian federal law. Thus they essentially raise one issue: the applicability of Canadian evidentiary standards (whether based on the Charter or not) as a measure of equivalence of a conviction in a foreign country employing different standards. Therefore questions 3 and 4 can also be answered together.

4. La comparaison des «éléments essentiels» de l'infraction requiert-elle la comparaison des moyens de défense fondés sur la Charte et permis par les lois respectives, y compris le moyen de l'inconstitutionnalité de la charge inversée de la preuve?

9 L'avocat des appelants engage la Cour à répondre par l'affirmative à chacune de ces questions. Il soutient en effet qu'il doit y avoir, du moins collectivement, équivalence entre les «éléments constitutifs» (strictement définis) et les moyens de défense prévus pour l'une et l'autre infractions. Il soutient en outre qu'il doit y avoir équivalence pour ce qui est des questions comme la charge de la preuve, eu égard en particulier à la différence résultant de la Charte entre l'issue d'un procès au Canada et celle d'un procès tenu à Hong Kong sous le régime de l'ordonnance susmentionnée telle qu'elle était en vigueur. De son côté, l'intimé soutient qu'il ne faut pas prendre en compte les moyens de défense respectifs pour déterminer si les deux infractions sont équivalentes, et qu'il n'est pas nécessaire, pour établir l'équivalence, de démontrer que les règles de preuve, y compris la charge de la preuve, sont les mêmes dans les deux ressorts, même si la procédure observée dans le pays où le verdict de culpabilité a été prononcé n'est pas, en raison de la Charte, acceptable devant une juridiction canadienne.

Les points litigieux

10 Puisque les parties n'ont pas sérieusement soutenu que dans l'examen des critères d'équivalence des deux infractions, il faille distinguer les moyens de défense prévus par la loi et les autres, je conclus que les questions 1 et 2 peuvent être examinées ensemble. De même, il me semble que les questions 3 et 4 demandent l'une et l'autre si la charge inversée de la preuve qui se pratique dans le pays étranger empêche qu'un verdict de culpabilité prononcé dans ce pays soit équivalent au verdict de culpabilité prononcé sous le régime de la loi fédérale canadienne. Elles portent donc essentiellement sur un point litigieux, savoir l'applicabilité des normes de preuve canadiennes (qu'elles soient fondées ou non sur la Charte) pour juger de l'équivalence du verdict de culpabilité prononcé dans un pays étranger qui observe d'autres normes. On peut donc répondre en même temps aux questions 3 et 4.

11 I would therefore identify the issues to be determined as follows:

(1) Does the test of equivalence of an offence under foreign and Canadian law for these purposes require a comparison of both the elements of, and defences to, each offence, under the respective laws of each country?

(2) Must there be an equivalence of burdens of proof, in respect of the trial of the offences being compared, in order for those offences to be equivalent?

I would also add that question 4, to the extent that it raises an issue of “Charter defences” in general, cannot be answered because this case does not give rise to any such general issue. It gives rise only to a question of comparing the burdens of proof under the two systems of law, a matter which in Canada is ultimately governed by the Charter.

Analysis

Are Defences a Measure of Equivalence?

12 In considering this question it will be useful to refer again to the actual language of subparagraph 19(2)(a.1)(i) which requires that, for a person to be rendered inadmissible under this subparagraph he or she must:

19. (2) . . .

(i) have been convicted outside Canada of an offence that, if committed in Canada, would constitute an offence [punishable by indictment under Canadian federal law]. [Emphasis added.]

It is common to speak of this provision as requiring the “equivalence” of the foreign and Canadian offences and the Motions Judge correctly adopted this language in the certified questions. The reference in those questions to “essential elements” as the test of equivalency comes from earlier decisions of this Court. The jurisprudence of this Court has

Les points litigieux à trancher sont donc à mon avis les suivants:

(1) Le critère de l'équivalence entre une infraction punissable par la loi étrangère et une infraction punissable par la loi canadienne prescrit-il la comparaison à la fois de leurs éléments constitutifs et des moyens de défense respectivement prévus par la loi de chaque pays?

(2) L'équivalence entre ces infractions est-elle assujettie à l'équivalence de la charge de la preuve imposée dans leur jugement respectif?

Il y a lieu d'ajouter que la question 4, dans la mesure où elle touche aux «moyens de défense fondés sur la Charte» en général, ne peut avoir réponse en l'espèce car l'affaire en instance ne soulève pas pareille question générale. Elle ne soulève que la question de la comparaison de la charge de la preuve applicable sous deux systèmes de droit différents, question qui, au Canada, est régie en dernier ressort par la Charte.

Analyse

Les moyens de défense sont-ils un critère d'équivalence?

12 Il convient, pour examiner cette question, de se reporter aux termes mêmes du sous-alinéa 19(2)a.1)-(i), selon lequel ne peuvent être déclarées non admissibles sous son régime que les personnes:

19. (2) . . .

(i) . . . déclarées coupables d'une infraction qui, si elle était commise au Canada, constituerait une infraction [qui pourrait être punissable, aux termes d'une loi fédérale, par mise en accusation]. [Non souligné dans l'original.]

Il est généralement reconnu que cette disposition pose pour condition «l'équivalence» entre l'infraction punissable dans le pays étranger et l'infraction punissable au Canada, et le juge des requêtes a correctement adopté ce vocabulaire dans les questions certifiées. La mention dans ces questions des «éléments essentiels» à titre de critère d'équivalence

not yet, as far as I can ascertain, dealt expressly with the particular issue being addressed here: namely whether the “essential elements” to be compared include defences. One can, however, derive certain guiding principles from those decisions. In *Brannson v. Minister of Employment and Immigration*⁶ this Court was dealing with a similar provision of the *Immigration Act*. Ryan J.A. writing for the majority made the following comments concerning the comparison of the offence for which a person has been convicted under foreign law and an offence under an Act of Parliament.

Whatever the names given the offences or the words used in defining them, one must determine the essential elements of each and be satisfied that these essential elements correspond. One must, of course, expect differences in the wording of statutory offences in different countries. [Emphasis added.]

The Court found in that case that the offence under which the person had been convicted in the United States was broader than the allegedly similar provision of the *Criminal Code* of Canada. Ryan J.A. said that in such a case it would be open to lead evidence before the adjudicator of the particulars as charged of the actual offence committed, to enable the adjudicator to determine whether the offence actually committed would fit within the Canadian offence definition. He seemed to indicate that evidence as to what the person in question had actually done would also be admissible in determining whether his or her acts would have constituted an offence in Canada. Urie J.A. in concurring expressed the matter somewhat differently. He said [at page 144] that there should be a comparison of the “essential ingredients” (he did not use the term “essential elements” as did Ryan J.A.) and he said there should also be evidence as to the circumstances of the offence, which evidence could be either documentary (e.g. the particulars as charged in the U.S.) or *viva voce* as to how the offence had actually been committed. By this means it would be possible to determine whether, although the offence might be more broadly defined in the United States,

s’explique par des décisions antérieures de la Cour. Pour autant que je sache, la jurisprudence de notre Cour n’a jamais abordé expressément la question à trancher en l’espèce, savoir si les «éléments essentiels» à comparer recouvrent aussi les moyens de défense prévus dans l’un et l’autre cas. On peut cependant en dégager certains principes directeurs. Dans *Brannson c. Le ministre de l’Emploi et de l’Immigration*⁶, affaire portant sur une disposition semblable de la *Loi sur l’immigration*, le juge d’appel Ryan, prononçant le jugement majoritaire, a fait l’observation suivante au sujet de la comparaison entre l’infraction pour laquelle une personne a été condamnée sous le régime de la loi étrangère et une infraction punissable par une loi fédérale du Canada:

Quels que soient les termes employés pour désigner ces infractions ou pour les définir, il faut relever les éléments essentiels de l’une et de l’autre et s’assurer qu’ils correspondent. Naturellement, il faut s’attendre à des différences dans le langage employé pour définir les infractions dans les différents pays. [Non souligné dans l’original.]

La Cour a conclu dans l’affaire susmentionnée que la définition de l’infraction pour laquelle l’intéressé avait été condamné aux États-Unis était plus large que celle de la soi-disant infraction équivalente, que prévoit le *Code criminel* du Canada. Le juge d’appel Ryan a conclu que dans ce cas, il y aurait lieu d’autoriser la production de la preuve des détails de l’infraction pour laquelle l’intéressé avait été condamné afin que l’arbitre pût décider si cette infraction correspondait à l’infraction punissable au Canada. Il semblait indiquer que la preuve de ce que l’intéressé avait vraiment fait serait admissible pour ce qui était de juger si ses agissements constitueraient une infraction au Canada. Par motifs concordants, le juge d’appel Urie voyait les choses un peu différemment. À son avis [à la page 144], il fallait comparer les éléments essentiels (il employait, dans le jugement rendu en anglais, les termes «*essentiel ingredients*» et non les termes «*essentiel elements*» qu’employait le juge d’appel Ryan), mais il fallait aussi qu’il y ait la preuve des faits qui justifiaient les poursuites dans le pays étranger, cette preuve pouvant être la preuve authentique (par exemple des détails du chef d’accusation formulé aux États-Unis) ou le témoignage de vive voix concernant la manière

the acts for which the person was convicted would also have made him or her guilty of an offence in Canada.

- 13 The Court of Appeal jurisprudence has not developed significantly beyond this analysis in subsequent cases. In *Hill v. Minister of Employment and Immigration*⁷ Hugessen J.A. found that an equivalence had not been properly established as between the theft provisions of a Texas statute and the then subsection 283(1) of the *Criminal Code* [R.S.C. 1970, c. C-34]. While the Canadian statute provided that “[e]very one commits theft who fraudulently and without colour of right takes”, it had not been demonstrated that there was any similar requirement in the Texas statute that the taking be without colour of right. In that case the adjudicator had evidence which could have supported the assertion of a colour of right. In addition to speaking of “elements”, Hugessen J.A. used the language of “ingredients”, describing the absence of colour of right as “an essential ingredient of the offence of theft in Canada”.⁸ Urie J.A. in a concurring judgment also used the language of “essential ingredients” as he did in the *Brannson* case. He also elaborated on how to determine equivalency, as follows [at page 320]:

It seems to me that because of the presence of the words “would constitute an offence . . . in Canada”, the equivalency can be determined in three ways:—first, by a comparison of the precise wording in each statute both through documents and, if available, through the evidence of an expert or experts in the foreign law and determining therefrom the essential ingredients of the respective offences. Two, by examining the evidence adduced before the adjudicator, both oral and documentary, to ascertain whether or not that evidence was sufficient to establish that the essential ingredients of the offence in Canada has been proven in the foreign proceedings, whether precisely described in the initiating documents or in the same words or not. Third, by a combination of one and two.

dont l’infraction avait été commise. C’est de cette façon qu’il serait possible de décider si, bien que l’infraction en question ait pu faire l’objet d’une définition plus large aux États-Unis, les agissements pour lesquels l’intéressé y avait été condamné l’auraient rendu coupable d’une infraction au Canada.

- 13 La Cour d’appel n’a pas été appelée à aller bien au-delà de cette analyse dans les causes subséquentes. Dans *Hill c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*⁷, le juge d’appel Hugessen a conclu qu’il n’y avait pas d’équivalence prouvée entre les dispositions d’une loi du Texas en matière de vol et le paragraphe 283(1) du *Code criminel* [S.R.C. 1970, ch. C-34] en vigueur à l’époque. Alors qu’aux termes de la loi canadienne, «[c]ommet un vol, quiconque prend frauduleusement et sans apparence de droit», il n’a pas été prouvé que le texte de loi du Texas pose pour condition le fait de prendre sans apparence de droit. Dans cette affaire, l’arbitre avait été saisi de la preuve qui aurait pu corroborer l’assertion d’apparence de droit. Dans son jugement (rendu en anglais), le juge d’appel Hugessen, outre le terme «*elements*», emploie aussi le terme «*ingredients*» pour conclure que le défaut d’apparence de droit est «un élément essentiel de l’infraction de vol au Canada»⁸. Dans ses motifs concordants, le juge d’appel Urie a employé les termes «*essentiel ingredients*» tout comme il l’avait fait dans la cause *Brannson*. Il a également clarifié le mode d’établissement de l’équivalence en ces termes [à la page 320]:

Il me semble que, étant donné la présence des termes «qui constitue . . . un infraction . . . au Canada», l’équivalence peut être établie de trois manières: tout d’abord, en comparant le libellé précis des dispositions de chacune des lois par un examen documentaire et, s’il s’en trouve de disponible, par le témoignage d’un expert ou d’experts du droit étranger pour dégager, à partir de cette preuve, les éléments essentiels des infractions respectives; en second lieu, par l’examen de la preuve présentée devant l’arbitre, aussi bien orale que documentaire, afin d’établir si elle démontrait de façon suffisante que les éléments essentiels de l’infraction au Canada avaient été établis dans le cadre des procédures étrangères, que les mêmes termes soient ou non utilisés pour énoncer ces éléments dans les actes introductifs d’instance ou dans les dispositions légales; en troisième lieu, au moyen d’une combinaison de cette première et de cette seconde démarches.

This approach has been approved by the Court in subsequent cases.⁹ It appears from the jurisprudence that the second way of determining equivalency, as suggested by Urie J.A., is particularly useful where there is insufficient evidence of the legal scope of the foreign offence or where it appears that the comparable Canadian offence is narrower than the foreign offence. In such a case it is permissible for the adjudicator to consider evidence as to the acts actually committed by the offender and for which he was convicted abroad.¹⁰ This approved second way also points up the fundamental test of equivalence: would the acts committed abroad and punished there have been punishable here?

Cette méthodologie a été adoptée par la Cour dans des causes subséquentes⁹. Il ressort de la jurisprudence que la deuxième méthode d'établissement de l'équivalence, telle que l'a définie le juge d'appel Urie, est particulièrement utile quand il n'y a pas suffisamment de preuves sur la qualification juridique de l'infraction punissable dans le pays étranger ou quand il appert que l'infraction punissable au Canada est plus étroitement définie. Dans pareil cas, il est loisible à l'arbitre de prendre en compte les preuves relatives aux actes qu'avait effectivement commis l'intéressé et pour lesquels il avait été condamné à l'étranger¹⁰. Cette deuxième méthode approuvée fait également ressortir le critère fondamental de l'équivalence, savoir si les actes commis à l'étranger et pour lesquels l'intéressé y a été condamné seraient punissables chez nous.

14 The learned Motions Judge in the present case concluded that this Court has in determining equivalency only had regard to comparing the "elements" of offences in contrast to "defences". He therefore came to the conclusion that defences under Canadian law need not be compared with either defences or elements of foreign offences. I assume that what he and counsel for the Minister had in mind was a distinction made between "elements" and "defences" once considered relevant for the purpose of assigning the burden of proof.¹¹

Le juge des requêtes a conclu en l'espèce que pour se prononcer sur l'équivalence, la Cour n'a qu'à comparer les «éléments constitutifs» des infractions respectives, et non les «moyens de défense» possibles dans l'un et l'autre cas. Il en conclut qu'il n'est pas nécessaire de comparer les moyens de défense du droit canadien avec les moyens de défense ou les éléments constitutifs de l'infraction punissable dans le pays étranger. Je suppose que ce que lui-même et l'avocat du ministre avaient à l'esprit fût la distinction entre «éléments constitutifs» et «moyens de défense», distinction qui, par le passé, avait été considérée comme pertinente pour ce qui était de la charge de la preuve¹¹.

15 In opposition to the position, based on this distinction, that only "elements" are relevant to equivalence, the appellants argued that this Court had refused in the *Steward* case¹² to find an equivalency between an Oklahoma statute and the offence of arson under then section 389 of the *Criminal Code* because of a difference in available defences. In that case the Court had regard, *inter alia*, to then subsection 386(2) of the *Criminal Code* which provided:

S'opposant à l'argument, fondé sur cette distinction, que les «éléments constitutifs» des infractions respectives sont le seul facteur déterminant, les appelants soutiennent que dans sa décision *Steward*¹², cette Cour avait refusé, en raison de la différence des moyens de défense, de conclure à l'équivalence entre l'infraction visée par une loi de l'Oklahoma et le crime d'incendie prévu à la disposition qui était l'article 389 du *Code criminel*. La Cour s'était fondée entre autres sur la disposition qui était à l'époque le paragraphe 386(2) du *Code criminel* et qui prévoyait ce qui suit:

386. . . .

(2) No person shall be convicted of an offence under sections 387 to 402 where he proves that he acted with legal justification or excuse and with colour of right.

The Court said that the “essential elements” of the Oklahoma and Canadian offences were not the same because there was no reference to colour of right in the Oklahoma statute. Heald J.A writing for the Court stated:

A comparison of the precise wording in each statute does not reveal common essential ingredients.¹³

Thus it was argued by the present appellants that defences are part of the “elements” or “ingredients” to be taken into account. The learned Motions Judge, however, interpreted *Steward* as treating colour of right as an element of the offence and not as a defence. He therefore concluded that this Court had confined itself to comparing “elements” and not defences in its determination of equivalency.

16 With respect, I do not believe that it is possible to draw such a conclusion as to the jurisprudence of this Court either from the *Steward* case or the others cited. First it may be observed that in none of these cases did the Court specifically explain that it was using the term “element” in a technical sense, in contrast to a “defence”. Indeed the Court, as will be noted, has not been consistent in using the term “element” but has frequently referred to the “ingredients” of the offence. Further it has in both the *Hill* case and the *Steward* case treated the absence of colour of right as a requirement for establishing guilt. Colour of right has been normally referred to as a defence in criminal law.¹⁴ In *Hill* there might have been some argument for treating colour of right as an element of the offence of theft whose definition states that one is guilty of that crime if he “fraudulently and without colour of right takes”. But in the *Steward* case relied upon by counsel for the Minister and the Motions Judge the colour of right requirement was stated, not in the offence defining arson but in a separate section, subsection 386(2) as quoted above, which precluded a conviction where

386. . . .

(2) Nul ne peut être déclaré coupable d’une infraction visée aux articles 387 à 402 s’il prouve qu’il a agi avec une justification ou une excuse légale et avec apparence de droit.

La Cour a conclu dans cette cause que les «éléments essentiels» respectifs de l’infraction punissable dans l’Oklahoma et de celle punissable au Canada n’étaient pas les mêmes puisque la loi de l’Oklahoma ne disait rien de l’apparence de droit. Prononçant le jugement de la Cour, le juge d’appel Heald a fait la constatation suivante:

Une comparaison du libellé précis de chacune des lois ne révèle pas la présence d’éléments essentiels communs¹³.

Les appelants en l’espèce concluent que les moyens de défense font partie intégrante des «éléments» à prendre en considération. Le juge des requêtes interprète cependant l’arrêt *Steward* comme voyant dans l’apparence de droit, non pas un moyen de défense, mais un élément spécifique de l’infraction. Il en conclut que notre Cour s’était limitée à comparer les «éléments constitutifs» et non les moyens de défense dans son analyse de l’équivalence.

Je ne pense cependant pas qu’il soit possible de tirer pareille conclusion sur la jurisprudence de notre Cour que ce soit de l’arrêt *Steward* ou des autres causes citées. Il y a lieu de noter tout d’abord que dans aucune de ces causes, la Cour n’a expressément expliqué qu’elle employait le terme «élément» dans un sens restrictif, par contraste à «moyen de défense». En effet, comme nous le verrons plus loin, la Cour n’a pas employé le terme (anglais) «*element*» de façon constante, mais a fréquemment fait état (dans les jugements rendus en anglais) des «*ingredients*» de l’infraction. Qui plus est, dans *Hill* comme dans *Steward*, elle a vu dans le défaut d’apparence de droit une condition essentielle du verdict de culpabilité. L’apparence de droit a été normalement considérée comme un moyen de défense en matière pénale¹⁴. Dans l’affaire *Hill*, on pourrait soutenir que le défaut d’apparence de droit était considéré comme un élément constitutif du vol, dont la définition prévoit que commet cette infraction quiconque «prend frauduleusement et sans apparence de droit». Mais dans l’affaire *Steward* que citent l’avocat du ministre et le juge des requêtes, la condi-

the accused “proves that he acted with . . . colour of right” (emphasis added). This was clearly framed as a defence with the onus being on the accused. It meets the classical test of a defence: that is, a matter which must be raised by the defendant but only if the prosecution has shown that, were it not for this defence, the accused would be guilty.¹⁵ I thus respectfully disagree with the Motions Judge that this Court in *Steward* intended to treat the absence of colour of right as an “element” instead of treating its presence as a “defence”. Nothing in the decision requires that interpretation and such a conclusion would appear to be contrary to principle. I therefore conclude that the jurisprudence of this Court does not necessitate the categorization of requirements for offences into “elements” and “defences” with no account being taken of the latter for the purpose of establishing equivalency. Indeed it appears to me that the distinction between “elements” and “defences” has become of less significance in Canadian criminal law since the presumption of innocence has been constitutionally guaranteed in paragraph 11(d) of the Charter.¹⁶ The Supreme Court of Canada has held in *R. v. Whyte*¹⁷ that the characterization of a factor as an element or defence cannot affect the presumption of innocence: absent a justification within section 1 of the Charter an accused may not be “required to prove some fact on the balance of probabilities to avoid conviction”.¹⁸

tion de l'apparence de droit était prévue, non pas dans la définition de l'incendie criminel, mais dans une autre disposition, le paragraphe 386(2) susmentionné, qui excluait la déclaration de culpabilité si l'accusé «prouve qu'il a agi avec . . . apparence de droit» (non souligné dans l'original). La formulation était clairement celle d'un moyen de défense, avec charge de la preuve incombant à l'accusé. Cette disposition répond au critère classique du moyen de défense: c'est le facteur que le défendeur doit faire valoir après que la poursuite aura prouvé que, n'eût été ce moyen de défense, il serait coupable¹⁵. Je ne partage donc pas la conclusion du juge des requêtes que, dans *Steward*, notre Cour voyait dans le défaut d'apparence de droit un «élément constitutif» de l'infraction, et non pas dans sa présence un «moyen de défense». Rien dans cette décision n'oblige à cette interprétation et pareille conclusion est contraire au principe. Je conclus donc que la jurisprudence de notre Cour ne pose pas pour règle la distinction entre les «éléments constitutifs» de l'infraction et les «moyens de défense» y afférents, sans que ces derniers entrent en ligne de compte pour établir l'équivalence. En effet, la distinction entre «éléments constitutifs» et «moyens de défense» a encore moins d'importance en droit pénal canadien depuis que la présomption d'innocence est constitutionnellement garantie par l'alinéa 11d) de la Charte¹⁶. Dans *R. c. Whyte*¹⁷, la Cour suprême du Canada a jugé que la qualification d'un facteur comme élément essentiel ou moyen de défense ne devrait pas avoir d'effet sur la présomption d'innocence: faute de justification au regard de l'article premier de la Charte, l'accusé ne serait pas obligé de «démontrer certains faits suivant la prépondérance des probabilités pour éviter d'être déclaré coupable»¹⁸.

17 Nor in my view does a proper interpretation of subparagraph 19(2)(a.1)(i) of the *Immigration Act* require such a technical dissection of foreign and Canadian offences into “elements” and “defences”. The institutional setting must be kept in mind. Such determinations of equivalency must be made by an adjudicator in a quasi-judicial proceeding. It is hardly to be expected that he or she is to make such fine distinctions in Canadian, much less foreign, criminal law. The purpose of the provision is obviously to

Je ne pense pas non plus qu'une interprétation correcte du sous-alinéa 19(2)a.1)(i) de la *Loi sur l'immigration* nécessite une dissection aussi méticuleuse de l'infraction punissable au Canada et de celle punissable dans le pays étranger en «éléments constitutifs» et en «moyens de défense». Il faut tenir compte du contexte institutionnel. La décision sur l'équivalence est le fait d'un arbitre dans une procédure quasi judiciaire. On ne peut guère s'attendre que cet arbitre fasse des distinctions aussi subtiles

exclude from Canada persons who have done things abroad, for which they have been convicted there, which Canada regards by its laws as constituting serious misconduct. This purpose would not, for example, be served by a rule that two offences are not equivalent because the requirement of a particular intent in the foreign law is treated as an element of the offence, whereas in Canadian law its lack is treated as a defence.

18 I believe that it would be most consistent with the purposes of the statute, and not inconsistent with the jurisprudence of this Court, to conclude that what equivalency of offences requires is essentially the similarity of definitions of offences. A definition is similar if it involves similar criteria for establishing that an offence has occurred, whether those criteria are manifested in “elements” (in the narrow sense) or “defences” in the two sets of laws. In my view the definition of an offence involves the elements and defences particular to that offence, or perhaps to that class of offences.¹⁹ For the purpose of subparagraph 19(2)(a.1)(i) of the *Immigration Act* it is not necessary to compare all the general principles of criminal responsibility in the two systems: what is being examined is the comparability of offences, not the comparability of possible convictions in the two countries.

19 Therefore questions 1 and 2 cannot be answered simply by an affirmative or negative answer. The answer to each must instead be:

A comparison of the “essential elements” of the respective offences requires a comparison of the definitions of those offences including defences particular to those offences or those classes of offences.

20 As the Judge took the position that defences need not be taken into account, we must then consider whether the above answer to these questions should result in allowing the appeal. I have concluded it

dans le droit pénal canadien, et encore moins dans le droit pénal étranger. Cette disposition a de toute évidence pour objet d'exclure du Canada des personnes qui ont commis à l'étranger des infractions pour lesquelles elles ont été condamnées et que la loi canadienne considère comme des transgressions graves. Ce serait faire échec à ce but que de poser pour règle que deux infractions ne sont pas équivalentes parce qu'un facteur est considéré comme un élément constitutif dans la loi étrangère, mais comme un moyen de défense dans la loi canadienne.

Je pense qu'il serait tout à fait conforme à l'objectif de la loi, et à la jurisprudence de notre Cour, de conclure que ce que signifie l'équivalence, c'est essentiellement la similitude de définition des deux infractions. Une définition est similaire si elle prévoit les mêmes critères à observer pour prouver que l'infraction a été commise, que ces critères se traduisent par des «éléments constitutifs» (au sens restrictif) ou par des «moyens de défense» dans l'une ou l'autre loi. À mon avis, la définition d'une infraction embrasse les éléments constitutifs et les moyens de défense propres à cette infraction, voire à cette catégorie d'infractions¹⁹. Dans l'application du sous-alinéa 19(2)a.1(i) de la *Loi sur l'immigration*, il n'est pas nécessaire de comparer tous les principes généraux de responsabilité pénale dans les deux systèmes: ce qu'il faut examiner, c'est la comparabilité des infractions, et non la comparabilité des possibilités de condamnation dans les deux pays.

Il s'ensuit qu'on ne peut donner aux questions 1 et 2 une simple réponse affirmative ou négative. La réponse à chacune d'elles doit par contre être la suivante:

La comparaison des «éléments essentiels» de l'une et l'autre infractions requiert la comparaison de leurs définitions respectives, y compris les moyens de défense propres à ces infractions ou aux catégories dont elles relèvent.

Le juge des requêtes ayant conclu qu'il n'était pas nécessaire de prendre en compte les moyens de défense, nous devons examiner si la réponse ci-dessus à ces questions conduit à l'accueil de l'appel.

18

19

20

should. The Adjudicator considered that the requirement in paragraph 426(1)(a) of the *Criminal Code* that a bribe or advantage be taken “corruptly” was equivalent to the requirement in paragraph 9(1)(a) of the *Prevention of Bribery Ordinance* that the acceptance of a reward be made “without lawful authority or reasonable excuse”. However, I do not believe this is in accordance with established jurisprudence as to the meaning of “corruptly” in paragraph 426(1)(a) of the *Criminal Code*. In *R. v. Kelly*²⁰ the majority of the Supreme Court held that in this context “corruptly” means “without disclosure” to the principal. Such disclosure to be a defence must have been effected in an adequate and timely manner, but once made the taking of the reward by an agent cannot be found to have been done “corruptly”. This appears to make the Canadian offence much narrower than the Hong Kong offence. It appears from the wording of the *Prevention of Bribery Ordinance* that mere disclosure would not render innocent the taking of a bribe or advantage. Paragraph 9(1)(a) of that Ordinance creates an offence where the advantage or reward is taken “without lawful authority or reasonable excuse”. It is easy to conceive that an agent in Hong Kong might disclose to his principal that he had received a benefit, but if the principal did not give “lawful authority” for the agent to do so the offence would still have been committed. The wording of subsection 9(5) of the Ordinance quoted above highlights the importance of timely permission from the principal and requires that it be an informed permission. Therefore it is obvious that persons could be convicted of the Hong Kong offence in circumstances where they would not be guilty of an offence in Canada, given the defence available here arising out of the somewhat narrow meaning of “corruptly” as ascribed by the Supreme Court.

J’ai conclu que oui. Pour l’arbitre, la condition posée par l’alinéa 426(1)a) du *Code criminel* que le pot-de-vin ou l’avantage soit accepté «par corruption» est équivalente à la condition posée par l’alinéa 9(1)(a) de la *Prevention of Bribery Ordinance* que l’agent ait accepté la récompense [TRADUCTION] «sans y être légalement autorisé ni justifier d’aucune excuse raisonnable». Je ne pense pas que pareille interprétation soit conforme à la jurisprudence établie quant au sens de la locution «par corruption» figurant à l’alinéa 426(1)a) du *Code criminel*. Dans *R. c. Kelly*²⁰, la Cour suprême du Canada a conclu par décision majoritaire que dans ce contexte, «par corruption» signifiait «faute de divulgation» au commettant. Pour que la divulgation puisse constituer un moyen de défense, il faut qu’elle soit faite avec suffisamment de détails et en temps voulu, mais dès qu’elle est faite, l’acceptation de la récompense par l’agent ne peut plus être considérée comme l’ayant été «par corruption». Ce facteur donne à l’infraction punissable au Canada un sens plus restrictif que ce n’est le cas pour l’infraction punissable à Hong Kong. Il ressort de la phraseologie de l’ordonnance de Hong Kong que la simple divulgation ne déculpabilise pas l’acceptation du pot-de-vin ou de l’avantage. L’alinéa 9(1)(a) de cette ordonnance crée une infraction quand l’agent accepte un avantage ou une récompense [TRADUCTION] «sans y être légalement autorisé ni justifier d’aucune excuse raisonnable». Il est facile de concevoir qu’un agent à Hong Kong puisse informer son commettant qu’il a reçu un avantage, mais si ce commettant ne lui en donne pas «l’autorisation légale», l’agent aura quand même commis l’infraction. Les termes du paragraphe 9(5) de l’ordonnance, cité *supra*, soulignent l’importance de la permission donnée en temps voulu par le commettant et prescrivent qu’il doit s’agir là d’une permission donnée en connaissance de cause. Il est donc manifeste que des personnes pourraient être reconnues coupables à Hong Kong dans des circonstances telles qu’elles ne seraient pas déclarées coupables de la même infraction au Canada, étant donné l’existence du moyen de défense tiré du sens plus restrictif de la locution «par corruption», tel que le prescrit la Cour suprême.

21 It might have been possible to demonstrate through particulars of the Hong Kong charges, or

Il aurait pu être possible de démontrer, à la lumière des détails des chefs d’accusation formulés à 21

from the evidence from the trials there, that in fact what Mr. Li did would also have constituted an offence within the somewhat narrower Canadian *Criminal Code* provisions. But there is nothing to indicate that there was such evidence before the Adjudicator. This gives rise to another question which was not argued before us and thus is not for determination now: namely, who has the burden of proof in the application of subparagraph 19(2)(a.1)(i)? First it must be noted that subsection 8(1) of the *Immigration Act* provides as follows:

8. (1) Where a person seeks to come into Canada, the burden of proving that that person has a right to come into Canada or that his admission would not be contrary to this Act or the regulations rests on that person.

Paragraph 19(2)(a.1) applies to

19. (2)

(a.1) persons who there are reasonable grounds to believe

(i) have been convicted outside Canada of . . .

(ii) have committed outside Canada . . .

[an offence or act punishable by indictment under Canadian federal law]. [Emphasis added.]

What need the Minister do in these circumstances to produce reasonable grounds for such belief? Would, for example, a certificate of foreign conviction suggesting a similarity to a Canadian indictable offence suffice? Does subsection 8(1) require the would-be entrant to show the conviction was dissimilar either by reference to the facts or the law? I make no finding on these matters as they appear not to have been specifically addressed either in this or previous cases, although there seems to have been a certain assumption that the burden is on the Minister to prove equivalence.²¹

Hong Kong ou des preuves administrées lors des procès qui y ont eu lieu, qu'en fait les agissements de M. Li auraient constitué une infraction au sens quelque peu plus restrictif des dispositions du *Code criminel*. Rien n'indique cependant que l'arbitre ait été saisi de preuves de ce genre. Ce qui donne lieu à une autre question qui n'a pas été débattue en l'espèce et que par conséquent la Cour n'a pas été appelée à trancher, savoir celle de la charge de la preuve dans l'application du sous-alinéa 19(2)a.1(i). Il faut noter en tout premier lieu que le paragraphe 8(1) de la *Loi sur l'immigration* prévoit ce qui suit:

8. (1) Il incombe à quiconque cherche à entrer au Canada de prouver qu'il en a le droit ou que le fait d'y être admis ne contreviendrait pas à la présente loi ni à ses règlements.

L'alinéa 19(2)a.1) s'applique aux

19. (2) . . .

a.1) . . . personnes dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles ont, à l'étranger:

(i) soit été déclarées coupables d'une infraction . . .

(ii) soit commis un fait . . .

[punissable par voie d'acte d'accusation sous le régime d'une loi fédérale]. [Non souligné dans l'original.]

Que doit faire le ministre dans ces conditions pour faire valoir les motifs raisonnables d'une telle croyance? Suffirait-il, par exemple, d'un certificat de verdict de culpabilité étranger qui permette de conclure à la similarité avec un acte criminel au regard de la loi canadienne? Le paragraphe 8(1) fait-il à celui qui cherche à entrer au Canada l'obligation de démontrer que l'infraction dont il a été reconnu coupable n'est pas similaire que ce soit sur le plan des faits ou sur le plan de la qualification juridique? Je ne me prononce pas sur cette question puisqu'elle n'a été expressément posée ni en l'espèce ni dans les causes antérieures, bien qu'il y ait dans une certaine mesure présomption qu'il incombe au ministre de prouver l'équivalence²¹.

22 On the basis of the existing record, however, the appeal must be allowed.

Cependant, à la lumière du dossier soumis à la Cour, l'appel doit être accueilli. 22

Is Burden of Proof a Matter of Equivalence?La charge de la preuve est-elle un facteur à prendre en considération en matière d'équivalence?

23 This is the essential issue raised by questions 3 and 4.

Telle est la substance des questions 3 et 4.

23

24 As quoted above, section 24 of the *Prevention of Bribery Ordinance* of Hong Kong states that in proceedings against the person for an offence under the Ordinance “the burden of proving a defence of lawful authority or reasonable excuse shall lie upon the accused”. The appellants argue that because of paragraph 11(d) of the Charter, which guarantees the presumption of innocence for a person charged with an offence in Canada, there could be no burden of proof on a person charged under the equivalent section of the *Criminal Code*. Counsel for the appellants states his essential argument in his factum as follows:

Aux termes de l'article 24, cité *supra*, de la *Prevention of Bribery Ordinance* de Hong Kong [TRADUCTION] «[i]l incombe à la personne poursuivie en justice [sous son régime] de prouver que ses agissements sont légalement autorisés ou justifient d'une excuse raisonnable». Les appelants soutiennent que par application de l'alinéa 11d) de la Charte, qui porte présomption d'innocence jusqu'à ce que l'inculpé soit reconnu coupable en justice, la personne poursuivie sous le régime de l'article correspondant du *Code criminel* ne peut être tenue à la charge de la preuve. Leur avocat présente cet argument essentiel dans son mémoire comme suit:

24

It is submitted that the fundamental principal [*sic*] behind equivalency is that a person can only be found inadmissible to Canada if the adjudicator is satisfied that the same fact situation that resulted in a conviction in Hong Kong would, by necessary implication, result in a conviction in Canada.

[TRADUCTION] Le principe fondamental qui sous-tend la règle de l'équivalence est que l'arbitre ne peut déclarer une personne non admissible que s'il est convaincu que les faits qui ont conduit au verdict de culpabilité à Hong Kong conduiraient, par déduction nécessaire, à une déclaration de culpabilité au Canada.

From this principle he argues that where in the trial of similar offences the burden of proof is on the accused in Hong Kong law, but on the Crown in Canadian law, the offences cannot be equivalent.

De ce principe, il conclut que si dans le jugement d'infractions similaires, la charge de la preuve incombe à l'accusé selon la loi de Hong Kong, mais au ministère public selon la loi canadienne, ces infractions ne peuvent être équivalentes.

25 I believe it is necessary to return again to the language of subparagraph 19(2)(a.1)(i) of the *Immigration Act*, which requires that the person in question have been convicted outside Canada “of an offence that, if committed in Canada, would constitute an offence [under Canadian federal law punishable by way of indictment]”. As the Adjudicator said to Mr. Li:

Il convient à cet égard de revenir sur le texte du sous-alinéa 19(2)a.1(i) de la *Loi sur l'immigration*, qui pose pour condition que l'intéressé ait été déclaré coupable à l'étranger «d'une infraction qui, si elle était commise au Canada, constituerait une infraction [punissable par une loi fédérale par voie d'acte d'accusation]». Ainsi que l'a fait remarquer l'arbitre à M. Li:

25

The issue before me Mr. Li, is whether a Canadian equivalent exists for the offence for which you were convicted outside Canada, not whether you would have been convicted in Canada for the offence.²²

[TRADUCTION] La question se pose, monsieur Li, de savoir s'il y a au Canada une infraction équivalente à celle dont vous avez été déclaré coupable à l'extérieur de ce pays, et non pas de savoir si vous auriez été condamné au Canada pour cette infraction²².

I agree with this analysis of the statutory language. As indicated earlier, in my view the purpose of subparagraph 19(2)(a.1)(i) is to render inadmissible

Je partage cette analyse du texte de loi. Comme noté *supra*, le sous-alinéa 19(2)a.1(i) vise à interdire l'entrée aux personnes qui ont été déclarées coupables

persons who have been convicted of acts abroad which, if committed in Canada, would be denounced by giving rise to liability for a prosecution by way of indictment. What must be compared are the factual and legal criteria for establishing the offence both abroad and in Canada. It is not necessary to compare the adjectival law by which a conviction might or might not be entered in each country. The literal meaning of paragraph 19(2)(a.1) does not require such comparisons. Nor would such comparisons be consistent with the scheme of the Act under which equivalency is to be determined. The Act does not contemplate a retrial of the case applying Canadian rules of evidence. Nor does it contemplate an examination of the validity of the conviction abroad.²³ This is so whether the Canadian standards of procedure or evidence sought to be applied are based on the Charter, statute, or common law. Literally, of course, the Charter cannot apply to public institutions of Hong Kong because they are not covered by section 32 of the Charter. While proceedings in Canada under the *Immigration Act* must no doubt be conducted in accordance with the Charter, it is not inappropriate for Canadian tribunals to recognize and accept the validity of foreign legal systems without measuring them against the Charter. Thus the majority of the Supreme Court in *Canada v. Schmidt*²⁴ refused to deny extradition to the United States in spite of a plea that extradition would result in the accused being tried there twice for the same offence, contrary to the guarantee in paragraph 11(h) of the Charter. As La Forest J. said:

... I see nothing unjust in surrendering to a foreign country a person accused of having committed a crime there for trial in the ordinary way in accordance with the system for the administration of justice prevailing in that country simply because that system is substantially different from ours with different checks and balances. The judicial process in a foreign country must not be subjected to finicky evaluations against the rules governing the legal process in this country. A judicial system is not, for example, fundamentally unjust—indeed it may in its practical workings be as just as ours—because it functions on the basis of an investigatory system without a presumption of innocence or, generally, because its pro-

bles à l'étranger d'actes qui, eussent-ils été commis au Canada, auraient été réprouvés au moyen d'une poursuite par voie d'accusation. Ce qu'il faut comparer, ce sont les faits et la qualification juridique qui caractérisent l'infraction au Canada et dans le pays étranger. Il n'est pas nécessaire de comparer la procédure par laquelle un verdict de culpabilité pourrait être prononcé ou non dans chaque pays. Le sens littéral de l'alinéa 19(2)a.1) ne requiert pas pareille comparaison, laquelle n'est pas conforme non plus à l'économie de la Loi sous le régime de laquelle l'équivalence doit être établie. La Loi ne prévoit pas un nouveau jugement de la cause avec application des règles de preuve canadiennes. Elle ne prévoit pas non plus l'examen de la validité du verdict de culpabilité prononcé dans le pays étranger²³. Il en est ainsi peu importe que l'on invoque la Charte, une loi écrite ou la common law pour faire valoir les normes canadiennes de procédure ou de preuve. Il est bien entendu que littéralement, la Charte ne peut s'appliquer aux institutions publiques de Hong Kong, lesquelles ne sont pas couvertes par son article 32. S'il est indiscutable qu'au Canada les procédures relatives à la *Loi sur l'immigration* doivent se dérouler conformément à la Charte, il est loisible aux tribunaux canadiens de reconnaître ou d'accepter la validité du système juridique d'autres pays abstraction faite de la Charte. C'est ainsi que dans *Canada c. Schmidt*²⁴, la Cour suprême du Canada a, par jugement majoritaire, refusé de dénier l'extradition aux États-Unis malgré l'argument que l'extradition signifierait que l'accusée serait jugée deux fois pour la même infraction, contrairement à la garantie de l'alinéa 11h) de la Charte. Le juge La Forest a tiré à ce propos la conclusion suivante:

... selon moi, il n'est pas injuste de livrer à un pays étranger une personne accusée d'y avoir commis un crime pour qu'elle y soit jugée en conformité de son système judiciaire simplement parce que ce dernier diffère sensiblement du nôtre et comporte des mécanismes différents. Le processus judiciaire d'un pays étranger ne doit pas être soumis à des évaluations minutieuses en fonction des règles applicables aux voies judiciaires canadiennes. Un système judiciaire n'est pas, par exemple, foncièrement injuste, en fait, sur le plan pratique, il peut être aussi juste que le nôtre, parce qu'il repose sur un mode d'enquête auquel la présomption d'innocence est étrangère ou, d'une manière générale, parce que ses mesures protectrices en

cedural or evidentiary safeguards have none of the rigours of our system.

Two points relevant to our case may be noted. First the Supreme Court here was declining to apply the Charter even though the result of extradition would be to use the Canadian justice system as a means of subjecting a person in Canada (indeed, she was a Canadian citizen) to a potential trial of unknown result in the United States where certain standards imposed here by the Canadian Constitution might not be complied with. That is a more serious matter than the present case where the Canadian legal system is being used to exclude someone from Canada, not for the purpose of turning him over to a foreign government for prosecution, but because by his acts abroad he has demonstrated that he would not be a desirable visitor or resident of Canada. Secondly, the passage quoted clearly recognizes that a foreign legal system lacking the evidentiary safeguards of our system may still in practice be fundamentally just.

matière de procédure ou de preuve n'ont pas la même rigueur que celles de notre système.

On peut dégager deux principes qui ont application en l'espèce. Dans l'affaire susmentionnée, la Cour suprême a refusé d'appliquer la Charte bien que l'extradition signifiait que la justice canadienne avait permis de soumettre une personne se trouvant dans ce pays (en fait elle était citoyenne canadienne) à un procès possible au résultat inconnu aux États-Unis où certaines normes imposées par la Charte dans notre pays ne seraient peut-être pas respectées. Il s'agit là d'une question plus grave encore que celle qui se pose dans l'affaire en instance, où le système juridique canadien est invoqué pour exclure quelqu'un de ce pays, non pas pour le livrer à un pays étranger pour poursuite en justice, mais parce que ses agissements à l'étranger ont démontré qu'il serait indésirable comme visiteur ou résident au Canada. En second lieu, le passage cité reconnaît expressément qu'un système juridique étranger qui ne connaît pas les garanties de notre système en matière de preuves peut toujours être, dans les faits, fondamentalement juste.

26 More recently the Supreme Court of Canada has held the Charter to be irrelevant abroad even where acts by foreign police officers inconsistent with the Charter have yielded evidence for use in a Canadian court. In *R. v. Terry*²⁵ a person wanted in Canada in connection with a murder was arrested in the U.S. by U.S. police on a warrant based on information from Canadian police. He was given the warnings required by U.S. law but was not advised immediately of a right to consult counsel as would have been required by paragraph 10(b) of the Charter had he been arrested in Canada. Nevertheless statements made by him to police, even in the absence of such notification, were held to be admissible at a subsequent trial in Canada. The Court held that the Charter could not govern the conduct of foreign police acting in their own country. The same must surely be true of a foreign court trying a person then subject to its jurisdiction. Also, just as the Supreme Court noted the practical difficulties of applying the Charter to the conduct of a foreign police force,²⁶ I would observe that an adjudicator or a Canadian court would have similar problems in applying the

Plus récemment, la Cour suprême du Canada a jugé que la Charte n'a pas application à l'étranger, dans le cas même où des actes commis par des agents de police étrangers à l'encontre de ce texte ont produit des preuves à administrer devant une juridiction canadienne. Dans *R. c. Terry*²⁵, un individu recherché pour meurtre par les autorités canadiennes a été arrêté aux États-Unis par la police américaine en vertu d'un mandat fondé sur des renseignements émanant de la police canadienne. Il a eu le bénéfice des avertissements donnés conformément à la loi américaine, mais n'a pas été informé sur-le-champ de son droit de consulter un avocat, comme l'aurait requis l'alinéa 10b) de la Charte s'il avait été arrêté au Canada. N'empêche que les déclarations qu'il a fait à la police sans avoir été informé de ce droit, ont été jugées admissibles lors de son procès subséquent au Canada. La Cour a jugé que la Charte ne pouvait régir la conduite d'agents de police étrangers agissant dans leur propre pays. Il doit en être certainement de même d'un tribunal étranger jugeant une personne soumise à sa compétence. De même, tout comme la Cour suprême a noté les difficultés

26

Charter in the present circumstances. For example, even if it could be said that section 24 of the *Prevention of Bribery Ordinance* abridges the right described in paragraph 11(d) of the Charter, how could a Canadian adjudicator or a court assess whether such infringement might be justifiable under section 1 of the Charter given the circumstances of law enforcement in the foreign country?

pratiques d'une application de la Charte à la conduite d'un service de police étranger²⁶, je pense qu'un arbitre ou un tribunal canadien buterait contre le même obstacle pour appliquer la Charte dans l'affaire en instance. Par exemple, à supposer même que l'article 24 de la *Prevention of Bribery Ordinance* restreigne le droit prévu à l'alinéa 11d) de la Charte, comment un arbitre ou un juge canadien pourrait-il examiner si cette restriction serait justifiable au regard de l'article premier de la Charte, vu les mécanismes d'application des lois dans le pays étranger?

27 I therefore conclude that in determining the equivalence of offences for the purposes of subparagraph 19(2)(a.1)(i) an adjudicator should not compare the procedural or evidentiary rules of the two jurisdictions, even if the Canadian rules are mandated by the Charter. Thus questions 3 and 4 should be answered in the negative.

Je conclus donc que pour examiner l'équivalence 27 entre les deux infractions pour l'application du sous-alinéa 19(2)a.1(i), il n'y a pas lieu pour l'arbitre de faire un parallèle entre les règles de preuve ou de procédure applicables dans les deux ressorts respectifs. La réponse aux questions 3 et 4 est donc négative.

Disposition

28 Questions 1 and 2 must therefore be answered as follows:

A comparison of the "essential elements" of the respective offences requires a comparison of the definitions of those offences including defences particular to those offences or those classes of offences.

Décision

La réponse aux questions 1 et 2 doit être la suivante: 28

La comparaison des «éléments essentiels» de l'une et l'autre infractions requiert la comparaison de leurs définitions respectives, y compris les moyens de défense propres à ces infractions ou aux catégories dont elles relèvent.

Questions 3 and 4 must be answered in the negative. Because the first two questions are so answered and the issue dealt with therein would justify setting aside the deportation order, it should be set aside. The appeal will therefore be allowed and the order entered which the Motions Judge should have entered, namely that the matter be referred back to the Adjudicator for determination on the basis that the appellant Ronald Fook Shiu Li is not a person described in subparagraph 19(2)(a.1)(i) of the *Immigration Act*.

Les questions 3 et 4 appellent une question négative. Vu la suite réservée aux deux premières questions et attendu que le point litigieux qu'elles soulèvent justifie l'annulation de la mesure d'expulsion, celle-ci est annulée. L'appel sera donc accueilli et il est ordonné, ainsi que le juge des requêtes aurait dû le faire, que l'affaire soit renvoyée à l'arbitre pour nouvelle décision par ce motif que l'appelant Ronald Fook Shiu Li n'est pas une personne tombant sous le coup du sous-alinéa 19(2)a.1(i) de la *Loi sur l'immigration*.

29 ROBERTSON J.A.: I agree.

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: Je souscris aux 29 motifs ci-dessus.

30 CHEVALIER D.J.: I agree.

LE JUGE SUPPLÉANT CHEVALIER: Je souscris aux 30 motifs ci-dessus.

¹ R.S.C., 1985, c. I-2.

² *Laws of Hong Kong (Revised edition 1987)*, c. 201.

³ R.S.C., 1985, c. C-46.

⁴ A.B., vol. I, at pp. 75-76.

⁵ Which provides as follows:

11. Any person charged with an offence has the right

...
(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

⁶ [1981] 2 F.C. 141 (C.A.), at pp. 152-153.

⁷ (1987), 73 N.R. 315 (F.C.A.).

⁸ *Id.*, at p. 318.

⁹ See e.g. *Steward v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1988] 3 F.C. 487 (C.A.), at p. 493; *Moore v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] F.C.J. No. 34 (C.A.) (QL), at p. 4.

¹⁰ See e.g. *Moore, ibid.*

¹¹ See e.g. Mewett and Manning, *Criminal Law* (2nd ed., 1985), at pp. 193-195.

¹² *Supra*, note 9.

¹³ *Ibid.*, at p. 493.

¹⁴ See e.g. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (3rd ed., 1995), at pp. 306-308; *Lilly v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 794, at pp. 798-800.

¹⁵ See Mewett and Manning, *supra*, note 11, at p. 193.

¹⁶ Quoted at note 5, *supra*.

¹⁷ [1988] 2 S.C.R. 3, at p. 18.

¹⁸ See generally Mewett & Manning *on Criminal Law* (3rd ed., 1994), at p. 355.

¹⁹ See for example, present s. 429(2) of the *Criminal Code* which provides certain defences to a group of offences against property.

²⁰ [1992] 2 S.C.R. 170.

²¹ See e.g. *Hill, supra*, note 7.

²² A.B., vol. I, at p. 77.

²³ *Brannson case, supra*, note 6, at p. 145.

²⁴ [1987] 1 S.C.R. 500, at pp. 522-523.

²⁵ [1996] 2 S.C.R. 207.

²⁶ *Id.*, at pp. 215-217.

¹ L.R.C. (1985), ch. I-2.

² *Laws of Hong Kong (Revised edition 1987)*, ch. 201.

³ L.R.C. (1985), ch. C-46.

⁴ D.A., vol. I, aux p. 75 et 76.

⁵ Voici ce que prévoit cette disposition:

11. Tout inculpé a le droit:

...
d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

⁶ [1981] 2 C.F. 141 (C.A.), aux p. 152 et 153.

⁷ (1987), 73 N.R. 315 (C.A.F.).

⁸ *Id.*, à la p. 318.

⁹ Voir par exemple *Steward c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1988] 3 C.F. 487 (C.A.), à la p. 493; *Moore c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] F.C.J. n° 34 (C.A.) (QL), à la p. 4.

¹⁰ Voir par exemple *Moore, ibid.*

¹¹ Voir par exemple Mewett et Manning, *Criminal Law* (2^e éd., 1985), aux p. 193 à 195.

¹² *Supra*, note 9.

¹³ *Ibid.*, à la p. 493.

¹⁴ Voir par exemple Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (3^e éd., 1995), aux p. 306 à 308; *Lilly c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 794, aux p. 798 à 800.

¹⁵ Voir Mewett et Manning, *supra*, note 11, à la p. 193.

¹⁶ Cité dans la note 5, *supra*.

¹⁷ [1988] 2 R.C.S. 3, à la p. 18.

¹⁸ Voir l'exposé du principe général dans Mewett & Manning *on Criminal Law* (3^e éd., 1994), à la p. 355.

¹⁹ Voir par exemple l'art. 429(2) du *Code criminel* qui prévoit certains moyens de défense à l'égard de diverses infractions contre les biens.

²⁰ [1992] 2 R.C.S. 170.

²¹ Voir par exemple *Hill, supra*, note 7.

²² D.A., vol. I, à la p. 77.

²³ Voir l'affaire *Brannson, supra*, note 6, à la p. 145.

²⁴ [1987] 1 R.C.S. 500, aux p. 522 et 523.

²⁵ [1996] 2 R.C.S. 207.

²⁶ *Id.*, aux p. 215 à 217.

IMM-2008-95

The Minister of Citizenship and Immigration
(Applicant)

v.

Josef Nemsila (Respondent)

and

Canadian Jewish Congress, Friends of Simon Wiesenthal Center for Holocaust Studies, The League for Human Rights of B'Nai Brith Canada, The Coalition of Concerned Congregations on the Law Relating to War Crimes and Crimes Against Humanity including those of the Holocaust and Kenneth M. Narvey (Intervenors)

INDEXED AS: CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. NEMSILA (T.D.)

Trial Division, Jerome A.C.J.—Toronto, January 31 and February 1; Ottawa, August 23, 1996.

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Respondent resident of Canada since 1950 although not Canadian citizen — Reports under Immigration Act, s. 27 indicating respondent, convicted in Czechoslovakia as German collaborator who was responsible for execution of civilians during World War II, had come into Canada by material misrepresentation — Whether “lawfully admitted” to Canada under Immigration Act, s. 2(l) — Immigrant obtaining leave to enter Canada by fraud, deception not “lawfully” admitted — All requirements of Act in force at time immigrant entered Canada must be complied with — Term “came into” in Act, s. 19(1)(e)(viii) not synonymous with “admission”, “landing” — Statutory protection against removal limited to Canadian citizens, domiciled persons “lawfully admitted” — Adjudicator erred in law in holding respondent could not be subject to deportation order.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Immigration Act, R.S.C. 1927, c. 93, s. 2 “land”, “landed” or “landing”.

IMM-2008-95

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
(requérant)

c.

Josef Nemsila (intimé)

et

Le Congrès juif canadien, Friends of Simon Wiesenthal Center for Holocaust Studies, la Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada, la Coalition des Synagogues concernant le droit relatif aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité y compris ceux de l'Holocauste et Kenneth M. Narvey (intervenants)

RÉPERTORIÉ: CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) c. NEMSILA (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge en chef adjoint Jerome—Toronto, 31 janvier et 1^{er} février; Ottawa, 23 août 1996.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — L'intimé est résident du Canada depuis 1950 mais il n'est pas citoyen canadien — Des rapports préparés sous le régime de l'art. 27 de la Loi sur l'immigration indiquent que l'intimé, déclaré coupable en Tchécoslovaquie en tant que collaborateur des forces allemandes et responsable de l'exécution de civils pendant la Seconde Guerre mondiale, est entré au Canada en ayant donné de fausses indications sur des faits importants — L'intimé a-t-il été «admis légalement» au Canada au sens de l'art. 2(e) de la Loi sur l'immigration? — Un immigrant qui a obtenu la permission d'entrer au Canada par des moyens frauduleux ou trompeurs ne peut être considéré comme ayant été admis «légalement» — Toutes les exigences de la loi en vigueur au moment de l'entrée de l'immigrant au Canada doivent être respectées — L'expression «est entré» figurant à l'art. 19(1)(e)(viii) n'est pas synonyme des termes «admission» ou «réception» — La protection prévue par la loi contre le renvoi est limitée aux citoyens canadiens, aux personnes domiciliées «admissibles légalement» — L'arbitre a commis une erreur de droit en affirmant que l'intimé ne pouvait faire l'objet d'une mesure d'expulsion.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'immigration, S.R.C. 1927, ch. 93, art. 2 «débarquer», «débarqué» ou «débarquant».

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 27(1)(e) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 16), (2)(g) (as am. *idem*), (3) (as am. *idem*), 123.

Immigration Act (The), S.C. 1952, c. 42, ss. 2 “Canadian domicile”, 3, 4, 19.

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 27(1)e) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 16), (2)g) (mod., *idem*), (3) (mod., *idem*), 123.

Loi sur l'immigration, S.C. 1952, ch. 42, art. 2 «domicile canadien», 3, 4, 19.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

The King v. Jawala Singh (1938), 53 B.C.R. 179; [1938] 4 D.L.R. 381; 3 W.W.R. 241; 71 C.C.C. 96 (C.A.); *Michelidakis vs Rejimbald* (1917), 23 R. de Jur. 375 (Que. Sup. Ct.); *Canada (Secretary of State) v. Luitjens* (1991), 46 F.T.R. 267; 15 Imm. L.R. (2d) 40 (F.C.T.D.); *Luitjens v. Canada (Secretary of State)* (1992), 9 C.R.R. (2d) 149; 142 N.R. 173 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused [1992] 2 S.C.R. viii.

AUTHORS CITED

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1994.

APPLICATION for judicial review of Adjudicator's decision finding that the respondent, reported as having come into Canada by material misrepresentation, was landed in Canada, had acquired Canadian domicile in accordance with the provisions of *The Immigration Act* and could not therefore be subject to a deportation order. Application allowed.

COUNSEL:

C.A. Amerasinghe, Q.C., Donald A. MacIntosh and Bonnie J. Boucher for applicant.

Barbara L. Jackman and Ronald P. Poulton for respondent.

Ed M. Morgan for intervenor Canadian Jewish Congress.

John B. Laskin for intervenor Friends of Simon Wiesenthal Center for Holocaust Studies.

David Matas for intervenor The League for Human Rights of B'Nai Brith Canada.

APPEARANCE:

Kenneth M. Narvey on his own behalf and on behalf of The Coalition of Concerned Congregations.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

The King v. Jawala Singh (1938), 53 B.C.R. 179; [1938] 4 D.L.R. 381; 3 W.W.R. 241; 71 C.C.C. 96 (C.A.); *Michelidakis vs Rejimbald* (1917), 23 R. de Jur. 375 (C.S. Qué.); *Canada (Secrétaire d'État) c. Luitjens* (1991), 46 F.T.R. 267; 15 Imm. L.R. (2d) 40 (C.F. 1^{re} inst.); *Luitjens c. Canada (Secrétaire d'État)* (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.

DOCTRINE

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1994.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision d'un arbitre ayant conclu que l'intimé, qui serait entré au Canada en donnant de fausses indications sur des faits importants, a obtenu le droit d'établissement au Canada, a acquis un domicile canadien conformément aux dispositions de la *Loi sur l'immigration* et ne pouvait en conséquence faire l'objet d'une mesure d'expulsion. Demande accueillie.

AVOCATS:

C.A. Amerasinghe, c.r., Donald A. MacIntosh et Bonnie J. Boucher pour le requérant.

Barbara L. Jackman et Ronald P. Poulton pour l'intimé.

Ed M. Morgan pour le Congrès juif canadien, intervenant.

John B. Laskin pour Friends of Simon Wiesenthal Center for Holocaust Studies, intervenant.

David Matas pour la Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada, intervenante.

A COMPARU:

Kenneth M. Narvey pour son propre compte et pour le compte de la Coalition des Synagogues.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.

Jackman & Associates, Toronto, for respondent.

Davies, Ward & Beck, Toronto, for intervenor Canadian Jewish Congress.

Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto, for intervenor Friends of Simon Wiesenthal Center for Holocaust Studies.

David Matas, Winnipeg, for intervenor The League for Human Rights of B'Nai Brith Canada.

Intervenor on his own behalf and on behalf of The Coalition of Concerned Congregations: *Kenneth M. Narvey*, Toronto.

The following are the reasons for order rendered in English by

- 1 JEROME A.C.J.: This is an application for judicial review of the decision of an immigration Adjudicator, J. E. McNamara, rendered on July 18, 1995.

FACTS

- 2 The respondent was born on March 14, 1913, in Czechoslovakia. He immigrated to Canada on July 25, 1950, and has resided here since that time, although he has not become a Canadian citizen. On April 5 and 6, 1995, two reports were prepared pursuant to paragraphs 27(2)(g) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 16] and 27(1)(e) [as am. *idem*] of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2] alleging that Mr. Nemsila had come into Canada by material misrepresentation. Both reports were based on the allegations that the respondent:

— was granted landing on July 25, 1950 at Halifax;

— was a member of the Hlinka Guard from 1939-1945 and was a company commander of a unit of the alerted Hlinka Guard (POHG) which was an organization which collaborated with the German occupation forces in Slovakia during the period 1944-45;

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour le requérant.

Jackman & Associates, Toronto, pour l'intimé.

Davies, Ward & Beck, Toronto, pour le Congrès juif canadien, intervenant.

Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto, pour Friends of Simon Wiesenthal Center for Holocaust Studies, intervenant.

David Matas, Winnipeg, pour la Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada, intervenante.

Intervenant pour son propre compte et pour le compte de la Coalition des Synagogues: *Kenneth M. Narvey*, Toronto.

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

- 1 LE JUGE EN CHEF ADJOINT JEROME: Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire de la décision rendue le 18 juillet 1995 par un arbitre de l'immigration, J. E. McNamara.

LES FAITS

2 L'intimé est né le 14 mars 1913, en Tchécoslovaquie. Il a émigré au Canada le 25 juillet 1950 et réside ici depuis, bien qu'il ne soit pas devenu citoyen canadien. Les 5 et 6 avril 1995, deux rapports ont été préparés sous le régime des alinéas 27(2)(g) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 16] et 27(1)(e) [mod., *idem*] de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2], dans lesquels on allègue que M. Nemsila est entré au Canada en donnant une fausse indication sur un fait important. Ces deux rapports reposent sur des allégations selon lesquelles l'intimé:

[TRADUCTION] — a obtenu le droit d'établissement (*landing*)* le 25 juillet 1950, à Halifax;

— faisait partie des Gardes Hlinka de 1939 à 1945 et a été commandant de compagnie d'une unité en état d'alerte des Gardes Hlinka (POHG), organisation qui a collaboré avec les forces d'occupation allemande en Slovaquie dans les années 1944-1945;

* Note de la traductrice: la version française des lois de 1950 et 1952 utilise les équivalents «débarqué» et «reçu».

- participated in and was responsible for the arrest, detention, interrogation and the execution of civilians during the fall and winter of 1944-45, in the Banska Bystrica region of Slovakia and near the villages of Krupina and Krmenicka in Slovakia;
- was convicted on December 4, 1947 in Czechoslovakia of the offence that he took part in the persecution of participants in the (Slovak National) uprising (in 1944) and resistance fighters, and generally assisted the (German) occupation forces and authorities, for which he received the sentence of two years in prison and three years in a special labour camp;
- served the two years in prison for this offence but escaped custody from the special labour camp in 1949 and fled to Austria;
- when he applied to immigrate to Canada made misrepresentations during the interviews with visa control and immigration officers regarding his employment and military service during the Second World War, and his membership and activities in the Hlinka Guard and the alerted unit of the Hlinka Guard, and regarding his conviction in Czechoslovakia. This information was material to his admission to Canada.
- came into Canada on July 25, 1950, at Halifax by not fully disclosing accurate and correct information regarding his residence, occupations, military service and membership in the Hlinka Guard, and the alerted unit of the Hlinka Guard, and the fact of his conviction in Czechoslovakia, and by averting further inquiries into his background, answers to which would have led to the refusal of his application for an immigrant visa.
- est l'un des auteurs et est responsable de l'arrestation, de la détention, de l'interrogatoire et de l'exécution de civils au cours de l'automne et de l'hiver 1944-1945, dans la région de Banska Bystrica, en Slovaquie, et dans les environs des villages de Krupina et Krmenicka, en Slovaquie;
- a été déclaré coupable le 4 décembre 1947, en Tchécoslovaquie d'avoir contribué à persécuter des personnes qui ont participé à l'insurrection (slovaque nationale, en 1944) et qui se sont battues dans la résistance, ainsi que d'avoir aidé, de façon générale, les autorités et les forces d'occupation (allemandes), crime pour lequel il a été condamné à deux ans d'emprisonnement et à trois ans dans un camp de travail spécial;
- a purgé ces deux ans d'emprisonnement pour ce crime, mais s'est évadé du camp de travail spécial en 1949 et s'est enfui en Autriche;
- au moment de sa demande d'immigration au Canada, a donné de fausses indications lors de ses rencontres avec les agents d'immigration et les contrôleurs des visas concernant ses activités professionnelles et son service militaire au cours de la Deuxième Guerre mondiale, sa qualité de membre des Gardes Hlinka et de l'unité en état d'alerte des Gardes Hlinka, ses activités en cette qualité et sa déclaration de culpabilité en Tchécoslovaquie. Ces renseignements étaient importants relativement à son admission au Canada;
- est entré au Canada le 25 juillet 1950, à Halifax, en ne divulguant pas avec exactitude et correctement les renseignements concernant sa résidence, ses activités professionnelles, son service militaire et sa qualité de membre des Gardes Hlinka et de l'unité en état d'alerte des Gardes Hlinka, et le fait qu'il avait été déclaré coupable en Tchécoslovaquie, et en faisant obstacle aux demandes de renseignements supplémentaires concernant ses antécédents qui, si elles avaient reçu une réponse, auraient conduit au refus de sa demande de visa d'immigrant.

3 The reports contend that were it not for the misrepresentations made by the respondent when he came to Canada, he would not have been allowed to enter the country. An inquiry was convoked pursu-

Selon ces rapports, si l'intimé n'avait pas donné de fausses indications en arrivant au Canada, on ne lui aurait pas permis d'entrer au pays. Une enquête a été instituée sous le régime du paragraphe 27(3)

ant to subsection 27(3) [as am. *idem*] of the Act to investigate the allegations set out in the reports. Hearings commenced on April 24, 1995, and were adjourned to allow the respondent an opportunity to retain counsel. On May 31, 1995, the inquiry resumed. Counsel for the respondent raised a preliminary issue regarding the question of Canadian domicile. Mr. Nemsila took the position that, even if all of the allegations set out in the section 27 reports were proven at the inquiry, he was nevertheless protected from removal pursuant to section 123 of the *Immigration Act* since he had acquired Canadian domicile prior to April 10, 1978. That section provides as follows:

123. Where a person acquired Canadian domicile in accordance with the *Immigration Act*, chapter I-2 of the Revised Statutes of Canada, 1970, and did not lose Canadian domicile before April 10, 1978, a deportation order may not be made against that person on the basis of any activity, carried on by him before that date, for which a deportation order could not have been made against him under that Act.

4 The Adjudicator decided that it would be best to determine the legal issue of domicile prior to hearing evidence on the substance of the allegations made against Mr. Nemsila. The legal question was framed as follows:

Whether Mr. Nemsila is protected from a deportation order pursuant to the provisions of Section 123 of the Act, even if the factual allegations in the s. 27(2) report are correct.

5 The parties made written submissions and on July 18, 1995, when the inquiry resumed, presented their oral arguments. The Adjudicator found that the respondent was landed in Canada, that he had acquired Canadian domicile in accordance with the provisions of *The Immigration Act* [S.C. 1952, c. 42], and that he could not therefore be subject to a deportation order. The decision states as follows, at page 11:

The Minister of Citizenship and Immigration is asking that Josef Nemsila be made the subject of a deportation order pursuant to Section 27(2)(g), of the Act. It is alleged he is a person who never gained "landing" in Canada because he purportedly made misrepresentations of material facts at the time of his arrival in Canada. I find that regardless of the fact that he may have made a mis-

[mod., *idem*] de la Loi afin de vérifier les allégations énoncées dans les rapports. Les audiences ont débuté le 24 avril 1995 et ont été ajournées pour donner à l'intimé la possibilité de retenir les services d'un avocat. L'enquête a repris le 31 mai 1995. L'avocat de l'intimé a soulevé une question préliminaire concernant la notion de domicile canadien. M. Nemsila soutenait que, même si toutes les allégations énoncées dans les rapports préparés sous le régime de l'article 27 étaient établies à l'enquête, il était de toute façon protégé contre une mesure de renvoi par l'article 123 de la *Loi sur l'immigration* parce qu'il avait acquis le domicile canadien avant le 10 avril 1978. Voici le libellé de cette disposition:

123. Toute personne ayant acquis le domicile canadien en vertu de la *Loi sur l'immigration*, chapitre I-2 des Statuts révisés du Canada de 1970, et ne l'ayant pas perdu avant le 10 avril 1978 ne peut faire l'objet d'une mesure d'expulsion fondée sur des activités antérieures à cette date et qui ne constituaient pas un motif d'expulsion aux termes de cette loi.

L'arbitre a décidé qu'il était préférable de trancher la question de droit touchant le domicile avant l'audition de la preuve sur le bien-fondé des allégations faites contre M. Nemsila. La question de droit a été formulée comme suit:

[TRADUCTION] M. Nemsila est-il protégé contre une mesure d'expulsion par l'article 123 de la Loi, même si les allégations de fait contenues dans le rapport préparé sous le régime du paragraphe 27(2) sont bien fondées?

Les parties ont présenté des observations par écrit. Lorsque l'enquête a repris, le 18 juillet 1995, elles ont présenté leur plaidoirie orale. L'arbitre a conclu que l'intimé avait obtenu le droit d'établissement au Canada, qu'il avait acquis le domicile canadien en vertu de la *Loi sur l'immigration* [S.C. 1952, ch. 42], et qu'il ne pouvait donc pas faire l'objet d'une mesure d'expulsion. À la page 11 de sa décision, il a affirmé:

[TRADUCTION] Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration demande une ordonnance d'expulsion contre Josef Nemsila en vertu de l'alinéa 27(2)g) de la Loi. Il allègue que celui-ci n'a jamais obtenu le «droit d'établissement» au Canada parce qu'il aurait donné de fausses indications sur des faits importants au moment de son arrivée au Canada. Je conclus que, sans égard au fait qu'il ait pu

representation of a material fact, the current law is that Mr. Nemsila cannot be ordered deported for this reason. He was lawfully admitted to Canada and acquired Canadian domicile five years after he was landed and he is a permanent resident. Parliament was explicit in 1978 in saying that a person who acquired domicile could continue to be protected from removal for any activities carried on by that person prior to 1978 for which that person could not have been deported at that time.

6 The Minister now seeks to have that decision set aside on the grounds that the Adjudicator's interpretation of the relevant statutory provisions was an error of law.

7 The definition of "land", "landed" or "landing" in the *Immigration Act* [R.S.C. 1927, c. 93], in 1950, when Mr. Nemsila came to Canada was as follows:

2. . . .

(l) "land," "landed" or "landing," as applied to passengers or immigrants, means their lawful admission into Canada by an officer under this Act, otherwise than for inspection or treatment or other temporary purpose provided for by this Act;

8 In 1955, when Mr. Nemsila would have been eligible to acquire domicile, the relevant sections of *The Immigration Act*, 1952, read as follows:

2. . . .

(c) "Canadian domicile" means Canadian domicile acquired and held in accordance with section four;

. . .

4. (1) Canadian domicile is acquired for the purposes of this Act by a person having his place of domicile for at least five years in Canada after having been landed in Canada.

9 The Adjudicator found that the respondent had been "lawfully admitted" to and landed in Canada in 1950 since he had obtained a visa, had presented himself for examination at the port of entry, and the ship's manifest had been stamped "landed immigrant" across from his name. That Mr. Nemsila may

donner une fausse indication sur un fait important, dans l'état actuel du droit, M. Nemsila ne peut faire l'objet d'une mesure d'expulsion pour cette raison. Il a été admis légalement au Canada et il a acquis le domicile canadien cinq ans après avoir été reçu; il est un résident permanent. Le législateur a prévu expressément en 1978 qu'une personne qui a acquis le domicile peut demeurer protégée contre une mesure d'expulsion fondée sur des activités antérieures à cette date qui ne constituaient pas un motif d'expulsion à l'époque.

6 Le ministre demande maintenant l'annulation de cette décision au motif que l'arbitre a commis une erreur de droit en interprétant les dispositions législatives pertinentes.

7 La définition des équivalents aux termes anglais «land», «landed» ou «landing» dans la *Loi de l'immigration* [S.R.C. 1927, ch. 93] en 1950 était libellée comme suit au moment où M. Nemsila est arrivé au Canada:

2. . . .

e) «débarquer», «débarqué» ou «débarquant», appliquée à des voyageurs ou passagers ou à des immigrants, signifie leur admission légale au Canada par un fonctionnaire, sous le régime de la présente loi, autrement que pour subir l'examen, ou un traitement, ou pour autre fin temporaire prévue par la présente loi;

8 En 1955, au moment où M. Nemsila aurait eu la qualité requise pour acquérir le domicile canadien, les dispositions pertinentes de la *Loi sur l'immigration* en 1952 se lisaient ainsi:

2. . . .

c) «domicile canadien» signifie un domicile canadien acquis et détenu conformément à l'article 4;

. . .

4. (1) Pour l'application de la présente loi, une personne acquiert le domicile canadien en ayant son lieu de domicile au Canada pendant au moins cinq ans, après avoir été reçue dans ce pays.

9 L'arbitre a conclu que l'intimé avait été «admis légalement» au Canada et qu'il avait obtenu le droit d'établissement en 1950 étant donné qu'il avait obtenu un visa, qu'il s'était présenté à l'interrogatoire au point d'entrée et qu'un tampon le désignant comme un immigrant ayant le droit d'établissement

have made misrepresentations during interviews with visa control and immigration officers and did not fully disclose information which would have led to the refusal of his application for an immigrant visa did not, in the Adjudicator's view, affect the lawfulness of his admission. Provided an immigrant visa had been issued to Mr. Nemsila, the means by which it was obtained, whether they be fraudulent or otherwise, would have been of no relevance once he had been in the country for five years.

ANALYSIS

10 The first issue is what meaning is to be given to the term "lawful admission". I do not agree that an immigrant who obtained leave to enter Canada by fraud or deception can be said to have been "lawfully" admitted. By qualifying the word "admission" with the term "lawful", Parliament clearly intended "lawful admission" to mean something more than having a port-of-entry inspector rubber stamp the ship's manifest or an individual's passport with the words "landed immigrant". Lawful admission requires compliance with all of the requirements of the Act in force at the time the immigrant entered Canada.

11 There is support for this reasoning in the jurisprudence. In *The King v. Jawala Singh* (1938), 53 B.C.R. 179 (C.A.), the Court stated as follows, at page 185:

Counsel for the respondent pressed us with his submission that when examined by the Board of Inquiry in 1937 the respondent was a Canadian citizen, having acquired this *status* since his re-entry into Canada in 1935. That submission, to my mind, cannot be supported. The entry of the respondent into Canada in 1935 was an unlawful entry and in consequence the respondent cannot be said to have "landed" in Canada within the meaning of the Immigration Act . . . Canadian domicile cannot be acquired, for the purposes of the Immigration Act, except by a person having his domicile for at least five years in Canada after having been "landed" therein, *i.e.*, after

avait été apposé vis-à-vis son nom sur le manifeste. De l'avis de l'arbitre, le fait que M. Nemsila puisse avoir donné de fausses indications lors de ses rencontres avec les agents d'immigration et les contrôleurs des visas, et qu'il n'ait pas divulgué intégralement des renseignements qui auraient entraîné le rejet de sa demande d'un visa d'immigrant, ne portait pas atteinte à la légalité de son admission au Canada. Pourvu qu'un visa d'immigrant ait été délivré à M. Nemsila, les moyens utilisés pour l'obtenir, même frauduleux, n'étaient pas pertinents si M. Nemsila se trouvait au Canada depuis au moins cinq ans.

ANALYSE

10 La première question à trancher est celle du sens qui doit être donné à l'expression «admission légale». Je ne suis pas d'accord pour dire qu'un immigrant qui a obtenu la permission d'entrer au Canada par des moyens frauduleux ou trompeurs peut être considéré comme ayant été admis «légalement». En apposant le qualificatif «légale» au terme «admission», le législateur avait nettement l'intention de donner à l'expression «admission légale» une signification plus large que l'apposition sur un manifeste ou sur un passeport, par l'inspecteur d'un point d'entrée, d'un tampon désignant une personne comme un «immigrant ayant le droit d'établissement». L'admission n'est légale que si toutes les exigences de la Loi en vigueur au moment de l'entrée de l'immigrant au Canada ont été respectées.

11 Il existe de la jurisprudence à l'appui de ce raisonnement. Dans l'arrêt *The King v. Jawala Singh* (1938), 53 B.C.R. 179 (C.A.), la Cour a déclaré, à la page 185:

[TRADUCTION] L'avocat de l'intimé a insisté dans ses observations sur le fait qu'au moment où il a été interrogé par le Comité d'enquête en 1937, l'intimé était un citoyen canadien parce qu'il avait acquis ce statut depuis qu'il était entré à nouveau au Canada en 1935. À mon avis, cette prétention ne peut être retenue. L'entrée au Canada de l'intimé en 1935 était illégale et, en conséquence, l'intimé ne peut être tenu pour avoir «débarqué» au Canada au sens de la Loi sur l'immigration . . . Le domicile canadien peut être acquis, aux fins de la Loi sur l'immigration, uniquement par une personne qui a son domicile au Canada depuis au moins cinq ans après y avoir «débar-

- having made a “lawful admission” into Canada. The present respondent fails to fulfil both conditions precedent to the acquisition of Canadian domicile
- 12 In *Michelidakis vs Rejimbald* (1917), 23 R. de Jur. 375, the Superior Court of Quebec stated, at page 377:
- [TRANSLATION] Pursuant to the *Immigration Act*, domicile may be acquired in this country only by someone who enters it legally. Degridakis having entered Canada on false pretences or furtively, was therefore not able to acquire legal domicile here within the meaning of the *Immigration Act*.
- 13 In *Canada (Secretary of State) v. Luitjens* (1991), 46 F.T.R. 267 (F.C.T.D.); upheld on appeal to the Federal Court of Appeal [(1992), 9 C.R.R. (2d) 149]; leave to appeal to the Supreme Court of Canada denied [1992] 2 S.C.R. viii, the Court found that Mr. Luitjens had made material misrepresentations and had knowingly concealed information which would have demonstrated his inadmissibility. He was, on that basis, determined not to be lawfully admitted to Canada. That decision is explicitly contrary to the respondent’s assertion in the present case that “lawful admission” means only procedural compliance with the Act or the visa-related requirements to enter Canada.
- 14 The Adjudicator in the present case determined that since the question of landing was not discussed in the *Luitjens* case nor were the provisions of section 123 of the *Immigration Act* argued or considered, the decision had no application to the issue before him. In my view, he erred in this regard. The *Luitjens* decision confirms that “lawful admission” has a substantive as well as a procedural element. Had this Court adopted the respondent’s interpretation of “lawful admission”, Mr. Luitjen’s citizenship could not have been revoked since he also had a visa which was stamped “landed immigrant”. That interpretation was rejected however and the Court found that an immigrant who was a member of a prohibited class, at the time he entered Canada, could not obtain “lawful admission” by fraudulent misrepresentation.
- qué», c’est-à-dire après son «admission légale» au Canada. En l’espèce, l’intimé ne répond à aucune des deux conditions préalables à l’acquisition du domicile canadien
- Dans l’affaire *Michelidakis vs Rejimbald* (1917), 23 R. de Jur. 375, la Cour supérieure du Québec a statué, à la page 377:
- Aux termes de la loi d’immigration, un domicile ne peut être acquis en ce pays que par celui qui y vient d’une manière légale, Degridakis n’est entré au Canada que sous de fausses représentations ou furtivement, il n’a donc pu acquérir ici un domicile légal dans le sens des lois d’immigration.
- Dans la décision *Canada (Secrétaire d’État) c. Luitjens* (1991), 46 F.T.R. 267 (C.F. 1^{re} inst.); confirmée en appel par la Cour d’appel fédérale, [(1992), 9 C.R.R. (2d) 149]; autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada refusée [1992] 2 R.C.S. viii, la Cour a conclu que M. Luitjens avait donné de fausses indications sur un fait important et qu’il avait sciemment tu des renseignements qui auraient pu établir son inadmissibilité. Pour cette raison, la Cour a statué qu’il n’avait pas été admis légalement au Canada. Cette décision est explicitement contraire à la prétention de l’intimé en l’espèce selon laquelle l’expression «admission légale» s’entend uniquement du respect de la loi sur la plan de la procédure ou des exigences en matière de visa applicables à l’entrée au Canada.
- L’arbitre a décidé en l’espèce que ce jugement ne s’appliquait pas parce que, dans l’affaire *Luitjens*, la question du droit d’établissement n’avait pas été débattue et l’article 123 de la *Loi sur l’immigration* n’avait pas été invoqué, ni examiné. Selon moi, il a commis une erreur à cet égard. La décision *Luitjens* confirme que l’expression «admission légale» comporte non seulement un élément procédural, mais également un élément de droit substantiel. Si la Cour avait retenu l’interprétation que l’intimé entend donner à l’expression «admission légale», la citoyenneté de M. Luitjens n’aurait pas pu être révoquée car il détenait lui aussi un visa portant un tampon le désignant comme un «immigrant ayant le droit d’établissement». Cette interprétation a toutefois été rejetée, et la Cour a conclu qu’un immigrant qui était membre d’une catégorie interdite au moment de son

15 Accordingly, if the entry of Mr. Nemsila into Canada in 1950 was based upon deception and misrepresentation as alleged in the section 27 reports, then it was an unlawful admission. If he was not lawfully admitted, it follows therefore that he could not have gained "landing" within the meaning of paragraph 2(I) of the *Immigration Act*, 1950. If he was never landed, he never acquired Canadian domicile.

16 I turn now to the Adjudicator's interpretation of paragraph 19(1)(e) of *The Immigration Act*, 1952, which was fundamental to his finding that he did not have jurisdiction to make a removal order against the respondent. That provision reads as follows:

19. (1) Where he has knowledge thereof, the clerk or secretary of a municipality in Canada in which a person hereinafter described resides or may be, an immigration officer or a constable or other peace officer shall send a written report to the Director, with full particulars, concerning

...

- (e) any person, other than a Canadian citizen or a person with Canadian domicile, who
 - (i) practices, assists in the practice of or shares in the avails of prostitution or homosexuality.
 - (ii) has been convicted of an offence under the *Criminal Code*,
 - (iii) has become an inmate of a penitentiary, gaol, reformatory or prison or of any asylum or hospital for mental diseases,
 - (iv) was a member of a prohibited class at the time of his admission to Canada,
 - (v) has, since his admission to Canada, become a person who, if he were applying for admission to Canada, would be refused admission by reason of his being a member of a prohibited class other than the prohibited classes described in paragraphs (a), (b), (c) and (s) of section 5,
 - (vi) entered Canada as a non-immigrant and remains therein after ceasing to be a non-immigrant or

entrée au Canada ne pouvait pas obtenir son «admission légale» en donnant des indications frauduleuses.

15 En conséquence, si son entrée au Canada en 1950 était fondée sur des déclarations trompeuses et de fausses indications, comme on l'allègue dans les rapports préparés sous le régime de l'article 27, M. Nemsila a été admis illégalement au pays. S'il n'a pas été admis légalement au Canada, il ne peut donc pas y avoir «débarqué», au sens de l'alinéa 2e) de la *Loi de l'immigration* en 1950. Si son admission au Canada n'était pas légale, il n'a jamais acquis le domicile canadien.

16 Passons maintenant à l'interprétation qu'a donnée l'arbitre à l'alinéa 19(1)e) de la *Loi sur l'immigration* de 1952, interprétation essentielle à sa conclusion portant qu'il n'avait pas compétence pour rendre une ordonnance de renvoi contre l'intimé. Voici le libellé de cette disposition:

19. (1) Lorsqu'il en a connaissance, le greffier ou secrétaire d'une municipalité au Canada, dans laquelle une personne ci-après décrite réside ou peut se trouver, un fonctionnaire à l'immigration ou un constable ou autre agent de la paix doit envoyer au directeur un rapport écrit, avec des détails complets, concernant

...

- e) toute personne, autre qu'un citoyen canadien ou une personne ayant un domicile canadien, qui
 - (i) pratique la prostitution ou l'homosexualité, ou y aide ou en partage les fruits,
 - (ii) a été déclarée coupable d'une infraction visée par le *Code criminel*;
 - (iii) est devenue un détenu dans un pénitencier, une geôle, une maison de correction ou une prison, ou pensionnaire d'un asile ou hôpital d'aliénés,
 - (iv) était un membre d'une catégorie interdite lors de son admission au Canada,
 - (v) est, depuis son admission au Canada, devenue une personne qui, si elle demandait son admission au Canada, se la verrait refuser du fait qu'elle est membre d'une catégorie interdite autre que celles dont les alinéas a), b), c) et s) de l'article cinq donnent la description,
 - (vi) est entrée au Canada comme non-immigrant et y demeure après avoir cessé d'être un non-

to be in the particular class in which he was admitted as a non-immigrant,

- (vii) came into Canada at any place other than a port of entry or eluded examination or inquiry under this Act or escaped from lawful custody or detention under this Act,
- (viii) came into Canada or remains therein with a false or improperly issued passport, visa, medical certificate or other document pertaining to his admission or by reason of any false or misleading information, force, stealth or other fraudulent or improper means, whether exercised or given by himself or by any other person,
- (ix) returns to or remains in Canada contrary to the provisions of this Act after a deportation order has been made against him or otherwise, or
- (x) came into Canada as a member of a crew and, without the approval of an immigration officer or beyond the period approved by such officer, remains in Canada after the departure of the vehicle on which he came into Canada.

(2) Every person who is found upon an inquiry duly held by a Special Inquiry Officer to be a person described in subsection one is subject to deportation.

17 The Adjudicator interpreted subparagraph (viii) to mean that an immigrant who has acquired Canadian domicile through fraudulent misrepresentation could not be subject to a removal order. In so finding, he accepted the respondent's argument that section 19 exempted a person with domicile from deportation, where that individual entered Canada by reason of any false or misleading information or other fraudulent or improper means. According to the respondent, if the Minister is correct in his submission that domicile cannot be acquired by a person who was landed after providing false or misleading information, then there would be no purpose to this aspect of section 19 and it would be rendered virtually meaningless. If an individual cannot ever acquire domicile because the admission was not lawful in the first place, the respondent maintains that the protection of domiciled persons from removal for misrepresentation in relation to admission would

immigrant ou d'appartenir à la catégorie particulière dans laquelle elle a été admise en qualité de non-immigrant,

- (vii) est entrée au Canada à un endroit autre qu'un port d'entrée ou s'est soustraite à l'examen ou à l'enquête prévue par la présente loi ou s'est évadée d'une garde ou détention légitime visée par cette loi,
- (viii) est entrée au Canada, ou y demeure, avec un passeport, un visa, un certificat médical ou autre document relatif à son admission qui est faux ou irrégulièrement délivré, ou par suite de quelque renseignement faux ou trompeur, par la force, clandestinement ou par des moyens frauduleux ou irréguliers, exercés ou fournis par elle ou par quelque autre personne,
- (ix) revient au Canada ou y demeure contrairement aux dispositions de la présente loi après qu'une ordonnance d'expulsion a été rendue contre elle ou autrement, ou
- (x) est entrée au Canada comme membre d'un équipage et, sans l'approbation d'un fonctionnaire à l'immigration ou pendant une période plus longue que celle qu'a approuvée ce fonctionnaire, demeure au Canada après le départ du véhicule sur lequel elle est entrée au Canada.

(2) Quiconque, sur enquête dûment tenue par un enquêteur spécial, est déclaré une personne décrite au paragraphe premier devient sujet à expulsion.

L'arbitre a interprété le sous-alinéa (viii) comme signifiant qu'un immigrant qui a acquis le domicile canadien au moyen d'une indication frauduleuse ne peut faire l'objet d'une ordonnance de renvoi. Il a ainsi retenu l'argument de l'intimé selon lequel l'article 19 met une personne ayant son domicile au Canada à l'abri d'une mesure d'expulsion, si elle est entrée au Canada par suite de quelque renseignement faux ou trompeur, ou par des moyens frauduleux ou irréguliers. Selon l'intimé, si le ministre a raison de soutenir que le domicile ne peut être acquis par une personne qui a obtenu le droit d'établissement après avoir fourni des renseignements faux ou trompeurs, cette disposition de l'article 19 n'a aucun objet et devient pratiquement vide de sens. L'intimé soutient que, si une personne ne peut acquérir le domicile parce que son admission n'était pas légale à l'origine, la protection accordée aux personnes ayant leur domicile contre une mesure de renvoi fondée sur de

never be operative. The respondent submits that the clear purpose of subparagraph 19(1)(e)(viii) was to protect from deportation citizens and domiciled individuals who may have acquired admission by providing false or misleading information.

fausses indications liées à leur admission n'aurait jamais d'application. L'intimé fait valoir que l'objet du sous-alinéa 19(1)e)(viii) consiste clairement à protéger de l'expulsion les citoyens et les personnes qui ont le domicile canadien, qui auraient été admises au Canada après avoir fourni des renseignements faux ou trompeurs.

18 There therefore appears to be a conflict between "lawful admission" as a condition precedent to obtaining domicile in Canada and the apparent protection from deportation provided for in subparagraph 19(1)(e)(viii) for those persons who were admitted by reason of giving false information. As is often the case, it is necessary for the Court to give meaning to both provisions and to reconcile the apparent conflict.

Il y aurait donc en apparence un conflit entre «l'admission légale» comme condition préalable à l'obtention du domicile canadien et la protection apparente contre l'expulsion accordée par le sous-alinéa 19(1)e)(viii) aux personnes qui ont été admises par suite d'un faux renseignement. Comme c'est souvent le cas, la Cour doit donner un sens aux deux dispositions en cause et résoudre ce conflit apparent.

19 It must be understood that section 19 of the Act is not concerned with the acquisition or loss of domicile nor does it define who was eligible to acquire Canadian domicile. Those matters are governed by the sections of the Act which specifically set out the rules regarding acquisition and loss of domicile. The preamble in paragraph 19(1)(e) is clear that before the section can apply to exempt removal, one must be a Canadian citizen or a person who has acquired Canadian domicile in the manner prescribed by the legislation. They are, therefore, conditions precedent to exemption from removal and for that reason the provisions governing domicile and citizenship must be first properly construed before subparagraph 19(1)(e)(viii) can have any application. Accordingly, the protection of subparagraph 19(1)(e)(viii) can only extend to an immigrant such as Mr. Nemsila if he has satisfied the requirements of domicile as set out in section 4 of *The Immigration Act, 1952*, which he, for the reasons set out above, cannot have done if the allegations contained in the section 27 reports are correct.

Il faut comprendre que l'article 19 de la Loi ne traite pas de l'acquisition ou de la perte du domicile et qu'il ne définit pas la qualité requise aux fins de l'acquisition du domicile canadien. Ces questions sont régies par les articles de la Loi qui énoncent expressément les règles concernant l'acquisition et la perte du domicile. La disposition introductive de l'alinéa 19(1)e) prévoit clairement que cette exception au renvoi ne s'applique que si une personne est un citoyen canadien ou a acquis le domicile canadien en conformité avec la Loi. Il s'agit donc de conditions préalables à l'application de l'exception au renvoi et, pour cette raison, il faut d'abord interpréter correctement les dispositions régissant le domicile et la citoyenneté avant d'appliquer le sous-alinéa 19(1)e)(viii). La protection prévue au sous-alinéa 19(1)e)(viii) ne peut donc s'appliquer à un immigrant comme M. Nemsila que s'il a satisfait aux exigences en matière de domicile énoncées à l'article 4 de la *Loi sur l'immigration* de 1952; or, pour les motifs énoncés plus haut, il ne peut s'être conformé à ces exigences si les allégations énoncées dans les rapports préparés sous le régime de l'article 27 sont bien fondées.

20 Furthermore, section 19 does not speak of gaining admission into Canada by means of false or misleading information. Subparagraph 19(1)(e)(viii) refers to individuals, who are not citizens or who are

En outre, l'article 19 ne traite pas de l'admission au Canada par suite de quelque renseignement faux ou trompeur. Le sous-alinéa 19(1)e)(viii) s'applique à toute personne qui, n'étant pas un citoyen canadien

not domiciled, who come into Canada by means of false or misleading information. The term “came into” is not synonymous with “admission” or “landing”, words which are given an express and precise meaning in the definition section of the Act.

21 I am confirmed in my view that the phrase “came into Canada” in subparagraph 19(1)(e)(viii) does not mean “admission” or “landing”, by section 3 of *The Immigration Act*, 1952, which provides as follows:

3. (1) A Canadian citizen has the right to come into Canada.

(2) Subject to subsection three, a person who is not a Canadian citizen but has acquired and has not lost Canadian domicile shall be allowed to come into Canada.

In accordance with that provision, therefore, individuals who possess the status of citizenship and domicile also possess the right to come into Canada. Should they do so by means of false or misleading information, section 19 will protect them from a removal order. This does not alter the fact however, that they must have first acquired citizenship or domicile in accordance with the provisions of the legislation, which, in the case of domiciled persons, means that they must have been “lawfully admitted”.

22 The scheme of the Act is such that I think the term “lawful admission” must be construed broadly while the protection from deportation of domiciled persons under section 19 must be construed more narrowly. As stated in Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. (Markham, Ont.: Butterworths, 1994), at pages 369-370:

In keeping with the current emphasis on purposive analysis, modern courts are particularly concerned that exceptions and exemptions be interpreted in light of their underlying rationale and not be used to undermine the broad purpose of the legislation. In the words of La Forest J. in *Air Canada v. British Columbia* (1989), 59 D.L.R. (4th) 161, at 197, an exception “should not be construed

et n’ayant pas un domicile canadien, est entrée au Canada par suite de quelque renseignement faux ou trompeur. L’expression «est entrée» n’est pas synonyme des termes «admission» ou «réception», auxquels les définitions édictées dans la Loi attribuent expressément un sens précis.

L’article 3 de la *Loi sur l’immigration* de 1952 21 renforce mon opinion portant que l’expression «est entrée au Canada» figurant au sous-alinéa 19(1)(e)(viii) n’a pas le même sens que les termes «admission» ou «réception». L’article 3 se lit ainsi:

3. (1) Un citoyen canadien a le droit d’entrer au Canada.

(2) Sous réserve du paragraphe trois, il est permis à une personne qui n’est pas citoyen canadien, mais a acquis un domicile canadien et ne l’a pas perdu, d’entrer au Canada.

Conformément à cette disposition, une personne qui a le statut de citoyen canadien et qui a acquis un domicile canadien a aussi le droit d’entrer au Canada. Si elle y entre par suite de renseignements faux ou trompeurs, l’article 19 la met à l’abri d’une ordonnance de renvoi. Cette disposition ne change toutefois rien au fait que la personne en cause doit d’abord avoir acquis la citoyenneté ou le domicile canadien en conformité avec les dispositions de la Loi, ce qui signifie que la personne qui a acquis le domicile canadien a nécessairement été admise au Canada «légalement».

Ce régime législatif me porte à croire que l’expression «admission légale» doit être interprétée 22 largement, alors que la protection contre l’expulsion accordée par l’article 19 aux personnes ayant leur domicile au Canada doit recevoir une interprétation plus étroite. Comme le déclare Ruth Sullivan, dans *Driedger on the Construction of Statutes*, 3^e éd., Markham, Ont.: Butterworths, 1994, aux pages 369 et 370:

[TRADUCTION] Conformément à l’accent mis de nos jours sur l’analyse téléologique, les tribunaux modernes se soucient particulièrement d’interpréter les exceptions et les exemptions à la lumière de leur raison d’être et d’en écarter toute utilisation qui ferait échec à l’objet général de la Loi. Pour reprendre les termes utilisés par le juge La Forest dans *Air Canada c. Colombie-Britannique*

more widely than is necessary to fulfil the values which support it.”

(1989), 59 D.L.R. (4th) 161, à la page 197, une exception «ne devrait pas s'interpréter d'une façon plus large que ce qui est nécessaire pour assurer le respect des valeurs sur lesquelles elle repose.»

CONCLUSION

CONCLUSION

23 For these reasons, I have concluded that the Adjudicator erred in law and the impugned decision must be set aside. The matter should be remitted to a different Adjudicator for completion and decision in accordance with the *Immigration Act* and these reasons.

Pour ces motifs, j'ai conclu que l'arbitre avait 23 commis une erreur de droit et que la décision contestée doit être annulée. L'affaire devrait être renvoyée à un arbitre différent pour qu'il la tranche et rende une décision en conformité avec la *Loi sur l'immigration* et les présents motifs.

24 I will withhold issuing the order in this matter until Friday, August 30, 1996, in order to give counsel the opportunity to submit questions for certification to the Federal Court of Appeal.

Je reporte la délivrance de l'ordonnance au ven- 24 dredi 30 août 1996, afin de donner aux avocats la possibilité de proposer des questions à certifier aux fins d'un appel devant la Cour d'appel fédérale.

A-722-95

Operations Officer, Fourth Maritime Operations Group, Commander, Fourth Maritime Operations Group, Commanding Officer, Fleet Maintenance Group Pacific, Commander, Maritime Forces Pacific, Commander, Maritime Command, Chief of the Defence Staff and Minister of National Defence (*Appellants*) (*Respondents*)

v.

Robert David Anderson (*Respondent*) (*Applicant*)

INDEXED AS: ANDERSON v. CANADA (ARMED FORCES) (C.A.)

Court of Appeal, Stone and Linden, J.J.A. and Henry D.J.—Vancouver, October 11; Ottawa, October 24, 1996.

Armed forces — Appeal from Trial Division's refusal to strike judicial review application — Rear Admiral denying application for redress of grievance requesting quashing of counselling and probation — National Defence Act, s. 29, QR&O, arts. 19.26, 19.27 mandating procedure for requesting through chain of command review by higher authority — Adequate alternative remedy — Appeal allowed.

Administrative law — Judicial review — Appeal from Trial Division's refusal to strike application for judicial review — Rear Admiral dismissing application to quash counselling and probation — National Defence Act, s. 29, QR&O, arts. 19.26, 19.27 mandating process whereby aggrieved member may request through chain of command review by higher authority — Adequate alternative remedy — Neither delay nor cost, stress of pursuing complaint up chain of command warranting judicial interference.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Appeal from Trial Division refusal to strike application for judicial review — Rear Admiral refusing application to quash counselling and probation — Decision within Federal Court Act, s. 18.1(2) as decision of federal board or tribunal settling matter before him, binding on respondent — That entitled to pursue matter up chain of command not rendering decision less final.

A-722-95

L'officier des opérations du Quatrième groupe des opérations maritimes, le commandant du Quatrième groupe des opérations maritimes, le commandant du Groupe de maintenance de la Flotte (Pacifique), le commandant des Forces maritimes du Pacifique, le commandant du Commandement maritime, le chef d'état-major de la défense et le ministre de la Défense nationale (*appelants*) (*intimés*)

c.

Robert David Anderson (*intimé*) (*requérant*)

RÉPERTORIÉ: ANDERSON c. CANADA (FORCES ARMÉES) (C.A.)

Cour d'appel, juges Stone et Linden, J.C.A., juge suppléant Henry—Vancouver, 11 octobre; Ottawa, 24 octobre 1996.

Forces armées — Appel contre le rejet par la Section de première instance de la fin de non-recevoir opposée au recours en contrôle judiciaire — Le contre-amiral avait rejeté la demande de redressement de grief portant annulation de la mesure de mise en garde et surveillance — L'art. 29 de la Loi sur la défense nationale et les art. 19.26 et 19.27 ORFC prévoient les recours successifs le long de la chaîne de commandement — Existence d'une autre voie de recours appropriée — Appel accueilli.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Appel contre le rejet par la Section de première instance de la fin de non-recevoir opposée au recours en contrôle judiciaire — Le contre-amiral avait rejeté la demande de redressement de grief portant annulation de la mesure de mise en garde et surveillance — L'art. 29 de la Loi sur la défense nationale et les art. 19.26 et 19.27 ORFC prévoient les recours successifs le long de la chaîne de commandement — Existence d'une autre voie de recours appropriée — Ni le temps requis ni le coût ni la tension tenant à la poursuite de la plainte aux niveaux supérieurs de la chaîne de commandement ne justifient l'intervention de la Cour.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Appel contre le rejet par la Section de première instance de la fin de non-recevoir opposée au recours en contrôle judiciaire — Le contre-amiral avait rejeté la demande de redressement de grief portant annulation de la mesure de mise en garde et surveillance — Sa décision est celle d'un office fédéral au sens de l'art. 18.1(2) de la Loi sur la Cour fédérale en ce qu'elle tran-

Practice — Parties — Appeal from Trial Division's refusal to strike application for judicial review — As Commander, Maritime Forces (Pacific) only person whose decision under review, only person properly joined — Premature to join Chief of Defence Staff, Minister, as decision of neither under review.

This was an appeal from an order of the Trial Division refusing to strike the respondent's application for judicial review. The respondent had been issued counselling and probation. He submitted an application for redress of grievance requesting the immediate quashing of the counselling and probation, and the removal from all files of any record of such having been issued. The request was based on allegations of procedural unfairness and reasonable apprehension of bias. *National Defence Act*, section 29 gives an officer or non-commissioned member the right to seek redress from superior authorities in the manner and under the conditions prescribed by regulations. CFAO 26-17 provides that if a member objects to a C&P, the provisions of *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* (QR&O), articles 19.26 and 19.27 apply. QR&O, article 19.26(10)(a) provides that every redress authority who receives a complaint shall, where it is within that authority's power to afford redress, (i) take the necessary action, if the redress authority is personally satisfied of the justice of the complaint, or (ii) return the complaint and inform the member that the complaint is not redressed because the redress authority is not personally satisfied of the justice of the complaint. Rear Admiral Johnston dealt with the application. He informed the applicant that he did not support it, and of the right to request, through the chain of command, to have the application reviewed by a higher authority. The respondent applied for judicial review of that decision. Applicant's concern was that his service record be cleared: the period of counselling and probation had already been completed.

The issues were: (1) whether the decision should be struck on the ground that there existed an adequate remedy which the respondent chose not to exhaust; (2) whether the Rear Admiral's decision was a "decision or order of a federal board, commission or other tribunal" within the meaning of *Federal Court Act*, subsection 18.1(2); (3) whether the respondent should have the option of moving to strike all but the Chief of the Defence Staff and the Minister from the style of cause; and (4) whether the proceedings were directed against more than "a single decision" within the meaning of Rule

chaît la question qui lui était soumise, et elle a force obligatoire à l'égard de l'intimé — Le fait que celui-ci ait la possibilité de saisir le niveau supérieur de la chaîne de commandement ne la rendait pas moins définitive.

Pratique — Parties — Appel contre le rejet par la Section de première instance de la fin de non-recevoir opposée au recours en contrôle judiciaire — La seule personne qu'il convienne de citer est la personne dont la décision est contestée, savoir le commandant des Forces maritimes du Pacifique — Il serait prématuré de citer le chef d'état-major de la défense ou le ministre puisqu'il n'y a recours en contrôle judiciaire contre aucune décision de l'un ou de l'autre.

Appel contre l'ordonnance par laquelle la Section de première instance a rejeté la fin de non-recevoir opposée au recours de l'intimé en contrôle judiciaire. Celui-ci, astreint à la mise en garde et surveillance, avait présenté une demande de redressement de grief concluant à l'annulation de cette mesure et à l'élimination de toute mention de cette mesure de tous les dossiers. Les moyens pris étaient l'iniquité procédurale et la crainte raisonnable de préjugé. L'article 29 de la *Loi sur la défense nationale* prévoit le droit pour tout officier ou militaire du rang de demander réparation auprès des autorités supérieures selon les modalités réglementaires. L'OAF 26-17 prévoit qu'en cas d'objection à la mesure de MG et S, ce sont les articles 19.26 et 19.27 des *Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* (ORFC) qui s'appliquent. Aux termes de l'article 19.26(10)(a) ORFC, l'autorité de redressement qui reçoit une plainte doit, lorsqu'elle a le pouvoir d'accorder le redressement demandé, (i) prendre les mesures nécessaires, si elle est personnellement convaincue du bien-fondé de la plainte, ou (ii) retourner la plainte au militaire et l'informer qu'elle n'y a pas fait droit parce qu'elle n'est pas personnellement convaincue du bien-fondé de la plainte. Le contre-amiral Johnston, saisi de la plainte, a informé le requérant qu'il ne pouvait se prononcer en sa faveur et que celui-ci avait le droit de porter sa plainte à une autorité supérieure de la chaîne de commandement. En exerçant le recours en contrôle judiciaire contre cette décision, l'intimé visait à purger son dossier militaire puisqu'il avait déjà fait sa période de mise en garde et surveillance.

Il échet d'examiner: (1) s'il faut rejeter la requête puis-que l'intimé a à sa disposition une autre voie de recours appropriée qu'il a choisi de ne pas épuiser; (2) si la décision du contre-amiral est une «décision ou ordonnance d'un office fédéral» au sens du paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*; (3) s'il est loisible à l'intimé de demander que demeurent seuls en cause le chef d'état-major de la défense et le ministre de la Défense; et (4) si la procédure vise davantage qu'une «seule décision» au sens de la Règle 1602(4) (aux termes de laquelle la requête porte sur une seule décision).

1602(4) (which requires an application to be in respect of a single decision).

Held, the appeal should be allowed.

(1) By saying that he did not “support” the complaint Rear Admiral Johnston indicated that he was not personally satisfied of its “justice”. By making the application to the Trial Division, the respondent indicated that Rear Admiral Johnston’s decision did “not afford the redress that, in the opinion of the member, was warranted”. In those circumstances, it was open to the respondent to seek redress at the next step in the chain of command, the Commander, Maritime Command, who was vested under QR&O, subparagraph 19.26(10)(a)(ii) with the same power to quash a C&P as Rear Admiral Johnston.

The process mandated by *National Defence Act*, section 29 and as laid down in articles 19.26 and 19.27 of the QR&O did afford an adequate alternative remedy. The factor of delay was not such as to warrant the Court’s intervention. While the time required to pursue judicial review proceedings would likely be less than that required for submitting the complaint up the chain of command, article 19.26 does require that a complaint be dealt with as expeditiously as possible, and lays down strict time limits within which decisions are to be made by a particular redress authority below the Chief of the Defence Staff. The remedy existed at the very next step in the chain of command if the redress authority could be satisfied of the “justice” of the complaint. The cost and stress of pursuing the complaint up the chain of command did not justify judicial interference with that process. There was no evidence before the Motions Judge in relation to either of these factors. Moreover, the complaints procedure is simple and straightforward, not unduly costly and paragraph 19.27(3) provides for assistance to a member in preparing a complaint. Although the decision on this issue was dispositive of the appeal, the remaining issues should be canvassed in the event that the Court’s conclusion thereon might constitute error.

(2) Rear Admiral Johnston’s decision settled the matter which was before him and that decision was binding on the respondent. That the respondent was entitled to pursue the matter up the chain of command did not render the decision any less final or binding at that stage, despite the fact that it might be overturned at the next step.

(3) The only person who needed to be joined in the judicial review application was he whose decision was sought to be reviewed—the Commander, Maritime Forces Pacific. It would be premature to join the Chief or the Defence Staff or the Minister where a decision of neither

Arrêt: l’appel doit être accueilli.

(1) En disant qu’il ne se «prononçait» pas en faveur de la plainte, le contre-amiral Johnston faisait savoir en effet qu’il n’était pas personnellement convaincu du «bien-fondé» de cette plainte. Ce qui a poussé l’intimé à saisir la Section de première instance, c’était sa conclusion que la décision du contre-amiral Johnston n’accordait pas «le redressement qui, de l’avis du militaire, semble justifié». Dans ces conditions, il avait la possibilité de saisir le niveau supérieur immédiat de la chaîne de commandement, savoir le commandant du Commandement maritime qui, tout comme ce dernier, était investi par le sous-alinéa 19.26(10)a)(ii) ORFC du même pouvoir d’annuler une mesure de MG et S.

Le processus prescrit par l’article 29 de la *Loi sur la défense nationale* et élaboré par les articles 19.26 et 19.27 ORFC prévoit une autre voie de recours appropriée. Le facteur temps n’est pas tel qu’il justifie l’intervention de la Cour. Il est vrai qu’en toute probabilité, le recours en contrôle judiciaire prendrait moins de temps qu’il en faudrait pour porter la plainte aux échelons supérieurs successifs de la chaîne de commandement, mais l’article 19.26 prescrit d’enquêter sur la plainte «aussi promptement que possible» et prévoit des délais stricts de décision pour les diverses autorités de redressement au-dessous du chef d’état-major de la défense. Il y avait une possibilité de recours au niveau supérieur immédiat de la chaîne de commandement si l’autorité de redressement pouvait être convaincue du «bien-fondé» de la plainte. Ni le coût ni la tension tenant à la poursuite de la plainte aux niveaux supérieurs de la chaîne de commandement ne justifient l’intervention de la Cour dans ce processus. Le juge des requêtes n’a été saisi d’aucune preuve dans ce sens. Par ailleurs, la procédure d’instruction des plaintes est simple et facile à observer; elle n’est pas excessivement coûteuse et le paragraphe 19.27(3) prévoit que le plaignant peut recevoir de l’aide pour formuler sa plainte. Bien que la décision sur ce point vide l’appel, il est nécessaire d’examiner les points litigieux restants, au cas où la Cour se serait trompée à ce sujet.

(2) La décision du contre-amiral Johnston tranchait la question dont il était saisi et avait force obligatoire à l’égard de l’intimé. Le fait que celui-ci ait la possibilité de saisir le niveau supérieur de la chaîne de commandement ne la rendait pas moins définitive à ce palier, bien que théoriquement, elle puisse être infirmée au palier suivant.

(3) La seule personne qu’il soit nécessaire de citer dans le recours en contrôle judiciaire est celle dont la décision est contestée, savoir le commandant des Forces maritimes du Pacifique. Il serait prématuré de citer le chef d’état-major de la défense ou le ministre puisqu’il n’y a recours

of them was sought to be reviewed.

(4) In view of Rule 1602(4), the decision to issue counselling and probation could not be reviewed on an application to review Rear Admiral Johnston's decision.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Forces Administrative Orders, 26-17.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(2) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1602(4) (as enacted by SOR/92-43, s. 19).
National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, s. 29 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 31, s. 43).
Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (1968 Revision), arts. 19.26, 19.27.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Haretkin 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; *Macinnis v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 464; (1994), 113 D.L.R. (4th) 529; 166 N.R. 57 (C.A.).

DISTINGUISHED:

Gayler v. Canada (Director Personnel Careers Administration Other Ranks, National Defence Headquarters), [1995] 1 F.C. 801; (1984), 88 F.T.R. 241 (T.D.); *Lingley v. Board of Review*, [1976] 1 F.C. 98; (1975), 62 D.L.R. (3d) 187; 25 C.C.C. (2d) 81; 13 N.R. 22 (C.A.).

REFERRED TO:

Downey v. Canada, [1985] F.C.J. No. 443 (T.D.) (QL); *Dressler v. Canada (Minister of National Defence) et al.* (1989), 30 F.T.R. 13 (F.C.T.D.).

APPEAL from the Trial Division's refusal to strike the respondent's application for judicial review of his commanding officer's refusal to quash a counselling and probation (*Anderson v. Canada (Canadian Armed Forces)*, [1995] F.C.J. No. 1461 (F.C.T.D.)). Appeal allowed.

en contrôle judiciaire contre aucune décision de l'un ou de l'autre.

(4) Par application de la Règle 1602(4), la mesure de mise en garde et surveillance ne pourrait être soumise au contrôle judiciaire dans le cadre du recours formé contre la décision du contre-amiral Johnston.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(2) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).
Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 29 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 43).
Ordonnances administratives des Forces canadiennes, 26-17.
Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (Révision de 1968), art. 19.26, 19.27.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1602(4) (édicte par DORS/92-43, art. 19).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Haretkin 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; *Macinnis c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 464; (1994), 113 D.L.R. (4th) 529; 166 N.R. 57 (C.A.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Gayler c. Canada (Directeur de l'Administration des carrières (PNO), Quartier général de la Défense nationale), [1995] 1 C.F. 801; (1984), 88 F.T.R. 241 (1^{er} inst.); *Lingley c. Commission d'examen*, [1976] 1 C.F. 98; (1975), 62 D.L.R. (3d) 187; 25 C.C.C. (2d) 81; 13 N.R. 22 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Downey c. Canada, [1985] A.C.F. n^o 443 (1^{er} inst.) (QL); *Dressler c. Canada (Ministre de la Défense nationale) et al.* (1989), 30 F.T.R. 13 (C.F. 1^{er} inst.).

APPEL contre le rejet par la Section de première instance de la fin de non-recevoir opposée au recours en contrôle judiciaire exercé par l'intimé contre le refus de son commandant d'annuler la mesure de mise en garde et surveillance (*Anderson c. Canada (Forces armées canadiennes)*, [1995] A.C.F. n^o 1461 (C.F. 1^{er} inst.)). Appel accueilli.

COUNSEL:

Leigh A. Taylor for appellants (respondents).
Duncan J. Boan for respondent (applicant).

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellants (respondents).
Hunt & Boan, Associates, Victoria, for respondent (applicant).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

AVOCATS:

Leigh A. Taylor pour les appelants (intimés).
Duncan J. Boan pour l'intimé (requérant).

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour les appelants (intimés).
Hunt & Boan, Associates, Victoria, pour l'intimé (requérant).

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

1 STONE J.A.: The principal issues raised in this appeal from an order of the Trial Division of November 1, 1995 [[1995] F.C.J. No. 1461 (QL)] refusing to strike the respondent's originating notice of motion are, first, whether the decision in question is "a decision or order of a federal board, commission or other tribunal" within the meaning of subsection 18.1(2) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)] and, second, whether it should nonetheless be struck on the ground that there is available to the respondent an adequate alternative remedy which he has chosen not to exhaust. Two subsidiary issues were argued, namely whether the respondent should have the option of moving to strike all but the Chief of the Defence Staff and the Minister from the style of cause and whether the proceedings are directed against more than "a single decision" within the meaning of subsection 1602(4) of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663 (as enacted by SOR/92-43, s. 19)].

2 On December 7, 1994, the respondent was issued counselling and probation (C&P) of six months' duration by the Commander, Fourth Maritime Operations Group D. E. Collinson, who certified that the action had been taken in accordance with section 26-17 of the *Canadian Forces Administrative Orders* (CFAO 26-17). Shortly thereafter, on December 12, 1994, counsel for the respondent submitted an application for redress of grievance, in which he described the redress requested in the following terms:

1 LE JUGE STONE, J.C.A.: Dans cet appel formé contre l'ordonnance en date du 1^{er} novembre 1995 [[1995 A.C.F. n° 1461 (QL)], par laquelle la Section de première instance a rejeté la fin de non-recevoir opposée à la requête introductive d'instance, se pose la question de savoir en premier lieu, si la décision en cause est une décision ou ordonnance d'un office fédéral au sens du paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)] et, en second lieu, s'il faut de toute façon rejeter la requête puisque l'intimé a à sa disposition une autre voie de recours appropriée qu'il a choisi de ne pas épuiser. Deux questions subsidiaires ont été débattues, savoir s'il est loisible à l'intimé de demander que demeurent seuls en cause le chef d'état-major de la défense et le ministre de la Défense, et si la procédure vise davantage qu'une «seule décision» au sens du paragraphe 1602(4) des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663 (édicte par DORS/92-43, art. 19)].

2 Le 7 décembre 1994, l'intimé a été astreint à la mise en garde et surveillance (MG et S) pour six mois par le commandant du Quatrième groupe des opérations maritimes, D. E. Collinson, qui certifiait que la décision avait été prise conformément à l'article 26-17 des *Ordonnances administratives des Forces canadiennes* (OAF 26-17). Peu de temps après, le 12 décembre 1994, l'avocat de l'intimé a présenté une demande de redressement de grief où il concluait à ce qui suit:

The redress requested is the immediate quashing of the Counselling and Probation, and the removal from all files of any record of it having been issued.

[TRADUCTION] Le redressement demandé est l'annulation de la mesure de mise en garde et surveillance, et l'élimination de toute mention de cette mesure de tous les dossiers.

together with reimbursement of legal fees. The relief requested appears to have been based on allegations of procedural unfairness and reasonable apprehension of bias. The application was dealt with by the Commander, Maritime Forces Pacific (Rear Admiral Johnston) who informed the respondent by letter of March 22, 1995 that he did not support the application. The application for judicial review of that decision followed on April 24, 1995.

ainsi qu'un remboursement des honoraires d'avocat. Le redressement demandé avait pour motifs l'iniquité procédurale et la crainte raisonnable de préjugé. La demande a été instruite par le contre-amiral Johnston, commandant des Forces maritimes du Pacifique, qui en a notifié le rejet à l'intimé par lettre en date du 22 mars 1995. Le recours en contrôle judiciaire contre cette décision a été introduit le 24 avril 1995.

3 It is apparent that the objective which the respondent seeks to achieve by way of the judicial review proceedings is a clearing of his service record. This was noted by the learned Motions Judge at paragraph 14 of his reasons where he stated:

3 Il est visible que l'intimé vise, par son recours en contrôle judiciaire, à purger son dossier militaire. C'est ce qu'a noté le juge des requêtes au paragraphe 14 des motifs de sa décision, comme suit:

The questions of time and resources are pertinent here. Counsel informed this Court at the hearing of the respondents' within motion that the applicant had already undergone his counselling and probation without ill effect, so he must now be maintaining his application only in the attempt to wipe the disciplinary measure of counselling and probation off of his service record.

Les questions de temps et de ressources sont pertinentes en l'espèce. L'avocat des intimés a informé la Cour lors de l'audition de la requête en cause que le requérant avait déjà complété sa période de mise sous surveillance sans en avoir subi d'effets néfastes, et que par conséquent il devait donc maintenir sa demande seulement dans le but de faire éliminer de son dossier militaire la mesure disciplinaire de mise en garde et surveillance.

4 I shall deal firstly with the second issue. At paragraph 10 of his reasons, the Motions Judge alludes to the common law principle that remedies such as those sought on the application for judicial review i.e. *certiorari* and *mandamus*, ought not to be granted by a court possessing jurisdiction if it is satisfied that there is available to the applicant an adequate alternative remedy. As he put it, there is a "well known proposition that applicants ought to exhaust all of their available, or at least proximate, avenues of redress before seeking judicial review". Judicial review will not be granted if there is an adequate alternative remedy that has not been exhausted. The criteria to be applied for determining whether an adequate alternative remedy exists are discussed in the leading case of *Haretkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, at page 588, where Beetz J. stated:

4 J'examinerai tout d'abord la seconde question. Au paragraphe 10 des motifs de sa décision, le juge des requêtes évoque le principe de common law qui veut que la juridiction compétente rejette le recours en contrôle judiciaire, c'est-à-dire en ordonnance de *certiorari* et de *mandamus*, si elle conclut que le requérant a à sa disposition une autre voie de recours appropriée. Pour reprendre ses propres termes, il y a «l'affirmation bien connue selon laquelle les requérants doivent épuiser tous les recours disponibles, au moins ceux qui leur sont facilement disponibles, avant de demander le contrôle judiciaire». Le recours en contrôle judiciaire ne sera pas recevable s'il y a une autre voie de droit appropriée qui n'a pas été épuisée. Les critères à appliquer pour décider s'il y a une autre voie de recours appropriée sont analysés en ces termes par le juge Beetz dans l'arrêt *Haretkin c. Université de Régina*, [1979] 2 R.C.S. 561, à la page 588:

In order to evaluate whether appellant's right of appeal to the senate committee constituted an adequate alternative remedy and even a better remedy than a recourse to the courts by way of prerogative writs, several factors should have been taken into consideration among which the procedure on the appeal, the composition of the senate committee, its powers and the manner in which they were probably to be exercised by a body which was not a professional court of appeal and was not bound to act exactly as one nor likely to do so. Other relevant factors include the burden of a previous finding, expeditiousness and costs.

5 In two recent decisions of the Trial Division it was held that the Court would not review the decision under attack because an adequate alternative remedy was available under the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* (1968 Revision) (QR&O): *Downey v. Canada*, [1985] F.C.J. No. 443 (T.D.) (QL); *Dressler v. Canada (Minister of National Defence) et al.* (1989), 30 F.T.R. 13 (F.C.T.D.). More recently, in *Gayler v. Canada (Director Personnel Careers Administration Other Ranks, National Defence Headquarters)*, [1995] 1 F.C. 801, the Trial Division held that the applicant therein was entitled to proceed by way of judicial review. It noted at page 814, however, "that only the Chief of Defence Staff has the authority to overturn the decision". That is not the situation here, in my view.

6 In order to assess the adequacy of the alternative remedy in the light of the circumstances, one must take account of the legal framework out of which this matter emerges. Section 29 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 43] of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5 provides that:

29. . . . an officer or non-commissioned member who considers that he has suffered any personal oppression, injustice or other ill-treatment or that he has any other cause for grievance may as a matter of right seek redress from such superior authorities in such manner and under such conditions as shall be prescribed in regulations made by the Governor in Council.

The policy is apparent, that a complaint such as the one here in issue is to be dealt with within the

Pour évaluer si le droit d'appel de l'appelant au comité du sénat constituait un autre recours approprié et même un meilleur recours que de s'adresser aux cours par voie de brefs de prérogative, il aurait fallu tenir compte de plusieurs facteurs dont la procédure d'appel, la composition du comité du sénat, ses pouvoirs et la façon dont ils seraient probablement exercés par un organisme qui ne constitue pas une véritable cour d'appel et qui n'est pas tenu d'agir comme s'il en était une, ni n'est susceptible de le faire. D'autres facteurs comprennent le fardeau d'une conclusion antérieure, la célérité et les frais.

5 Dans deux décisions récentes, la Section de première instance a conclu à l'irrecevabilité du recours en contrôle judiciaire parce qu'il y avait une autre voie de recours appropriée sous le régime des *Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* (Révision de 1968) (ORFC); voir *Downey c. Canada*, [1985] A.C.F. n° 443 (1^{re} inst.) (QL); *Dressler c. Canada (Ministre de la Défense nationale) et al.* (1989), 30 F.T.R. 13 (C.F. 1^{re} inst.). Plus récemment encore, dans *Gayler c. Canada (Directeur de l'Administration des carrières (PNO), Quartier général de la Défense nationale)*, [1995] 1 C.F. 801, la Section de première instance a jugé que la requérante était recevable à se pourvoir en contrôle judiciaire, mais a noté à la page 814 cette circonstance particulière, savoir que «seul le chef d'état-major de la défense est habilité à infirmer la décision prise en son nom». Tel n'est pas le cas en l'espèce.

6 Afin d'examiner s'il existe une autre voie de recours appropriée dans les circonstances de la cause, il faut prendre en compte le contexte juridique de l'affaire. L'article 29 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 43] de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5, prévoit ce qui suit:

29. . . . l'officier ou le militaire du rang qui s'estime lésé d'une manière ou d'une autre peut, de droit, en demander réparation auprès des autorités supérieures désignées par règlement du gouverneur en conseil, selon les modalités qui y seront fixées.

La règle est sans équivoque, à savoir qu'une plainte comme celle qui nous occupe en l'espèce doit être

Canadian Forces in the manner prescribed by the regulations.

7 The “regulations” are the QR&O and in particular article 19.26 thereof. Paragraph (1) defines “redress authority” as “a commanding officer, an officer commanding a formation or command, the Chief of the Defence Staff or the Minister”. Paragraph (2) requires, subject to article 19.26(12), that “a complaint under this article shall be submitted through the chain of command”. By paragraph (3), a redress authority is required to cause a complaint “to be investigated as expeditiously as possible”. Provision is then made for submitting a complaint upward through the chain of command wherever the decision at a particular stage does “not afford the redress that, in the opinion of the member, is warranted”. Paragraphs (10), (11) and (12) are worth reciting. They read:

19.26 . . .

(10) Every redress authority who receives a complaint in writing shall:

(a) where it is within that authority’s power to afford redress,

(i) take the necessary action, if the redress authority is personally satisfied of the justice of the complaint, or

(ii) return the complaint to the member and inform the member that the complaint has not been redressed because the redress authority is not personally satisfied of the justice of the complaint; and

(b) where it is not within that authority’s power to afford redress,

(i) forward the complaint to the next higher redress authority in the chain of command, if the authority is personally satisfied of the justice of the complaint, or

(ii) return the complaint to the member and inform the member that the complaint has not been redressed because the redress authority does not have the power to afford redress and that the authority is not personally satisfied of the justice of the complaint.

instruite au sein des Forces canadiennes selon les modalités fixées par règlement.

Le «règlement» applicable en l’espèce est représenté par les ORFC, en particulier l’article 19.26. Aux termes du paragraphe (1), «autorité de redressement» s’entend d’un commandant, d’un officier commandant une formation ou un commandement, du chef d’état-major de la défense et du ministre. Le paragraphe (2) prévoit que sous réserve du paragraphe (12), «une plainte présentée en vertu du présent article doit être acheminée par la chaîne de commandement». Le paragraphe (3) fait obligation à l’autorité de redressement saisie d’une plainte de «faire mener une enquête sur celle-ci aussi promptement que possible». Une autre disposition prévoit la saisine de l’autorité supérieure de la chaîne de commandement si à un palier quelconque, la décision rendue «n’accorde pas le redressement qui, de l’avis du militaire, semble justifié». Les paragraphes (10), (11) et (12) ont particulièrement application en l’espèce. Les voici:

19.26 . . .

(10) Toute autorité de redressement qui reçoit une plainte écrite doit:

a) lorsqu’elle a le pouvoir d’accorder le redressement demandé:

(i) soit prendre les mesures nécessaires, si elle est personnellement convaincue du bien-fondé de la plainte,

(ii) soit retourner la plainte au militaire et l’informer que l’autorité de redressement n’y a pas fait droit parce qu’elle n’est pas personnellement convaincue du bien-fondé de la plainte;

b) lorsqu’elle n’a pas le pouvoir d’accorder le redressement demandé:

(i) soit acheminer la plainte à l’autorité de redressement supérieure dans la chaîne de commandement, si elle est personnellement convaincue du bien-fondé de la plainte,

(ii) soit retourner la plainte au militaire et l’informer que l’autorité de redressement n’y a pas fait droit parce qu’elle n’a pas le pouvoir d’accorder le redressement demandé et qu’elle n’est pas personnellement convaincue du bien-fondé de la plainte.

7

(11) A redress authority shall complete the action required under paragraph (10),

(a) where the redress authority is a commanding officer, within 30 days of receipt of the complaint by that authority;

(b) where the redress authority is an officer commanding a formation, within 90 days of receipt of the complaint by that authority; and

(c) where the redress authority is an officer commanding a command, within six months of the receipt of the complaint by that authority.

(12) Where a redress authority referred to in paragraph (11) does not make a decision in respect of a complaint of an officer or non-commissioned member within the period required under that paragraph, the member may submit the complaint in writing directly to the next higher redress authority in the chain of command.

Although time limits are prescribed in article 19.26(13) of the QR&O for submitting a complaint to a redress authority, a commanding officer is, by paragraph (15) thereof, granted a discretion to deal with a complaint that is filed out of time where he "considers that having regard to the circumstances, it would be in the interests of justice to do so".

8 In addition to article 19.26 of the QR&O, various provisions of CFAO 26-17, are pertinent. Paragraphs 1 and 6 read in part as follows:

1. A recorded warning (RW) and counselling and probation (C&P) are administrative devices designed to raise a member's performance or conduct to an acceptable standard

. . .

6. The following policies apply to C&P initiated for all shortcomings including those related to drugs and alcohol:

. . .

b. C&P may be initiated by a CO or higher authority.

. . .

e. The probation period shall be for a period of six months, except that

. . .

(2) the initiating authority may terminate the C&P if the member overcomes the shortcoming or, conversely, fails

(11) Une autorité de redressement est tenue de prendre les mesures visées par l'alinéa (10) à l'intérieur des délais prescrits ci-dessous:

a) s'il s'agit d'un commandant, dans les 30 jours suivant la réception de la plainte par celui-ci;

b) s'il s'agit d'un officier commandant une formation, dans les 90 jours suivant la réception de la plainte par celui-ci;

c) s'il s'agit d'un officier commandant un commandement, dans les six mois suivant la réception de la plainte par celui-ci.

(12) Si une autorité de redressement visée à l'alinéa (11) ne prend pas de décision à l'égard d'une plainte d'un officier ou militaire du rang au cours de la période visée par cet alinéa, le militaire peut présenter une plainte écrite directement à l'autorité de redressement supérieure dans la chaîne de commandement.

Malgré les délais prévus au paragraphe 19.26(13) des ORFC pour saisir l'autorité de redressement d'une plainte, tout commandant tient du paragraphe (15) du même texte le pouvoir discrétionnaire d'instaurer une plainte déposée après les délais «s'il estime, eu égard aux circonstances, qu'il serait dans l'intérêt de la justice de le faire».

8 Outre l'article 19.26 des ORFC, diverses dispositions de l'OAF 26-17 ont également application en l'espèce, en particulier les articles 1 et 6 dont voici les passages applicables:

8

1. L'avertissement écrit (AE), la mise en garde et la surveillance (MG et S) sont des mesures administratives destinées à faire accéder le militaire à un niveau acceptable de rendement ou de conduite . . .

. . .

6. Les lignes de conduite suivantes s'appliquent aux mesures de MG et S qui sont prises afin de corriger l'ensemble des faiblesses, y compris celles attribuables à l'usage de drogues et d'alcool:

. . .

b. Le commandant ou une autorité supérieure peut y avoir recours.

. . .

e. La période de surveillance doit durer 6 mois, sauf que—

. . .

(2) l'autorité compétente ayant ordonné la mise sous surveillance peut y mettre un terme si le militaire cor-

to show the required degree of effort to improve or is guilty of an offence related to the shortcoming.

f. If C&P is unsuccessful, the CO shall initiate release of the member.

g. If a member objects to a C&P report, the provisions of QR&O 19.26 and 19.27 apply.

9 It is convenient at this juncture to set forth the text of Rear Admiral Johnston's decision of March 22, 1995. He wrote:

1. I have reviewed your application for Redress of Grievance, reference A, in which you requested being removed from Counselling and Probation for abuse of authority and inappropriate actions towards subordinates.

2. With respect to your being landed, the Commanding Officer made this decision because he determined it to be the most appropriate action in the circumstances.

3. In terms of the nature of the investigation, CFAO 19-39 allows the unit the discretion to conduct either an informal investigation, a summary investigation, or a board of inquiry. In this case, Capt(N) Collinson determined, in light of all the circumstances, that a summary investigation would be the most appropriate form of investigation.

4. Given the fact that the Investigating Officer and the Regional Social Work Officer came to the same conclusion, on completion of interviews with MS and Mrs. Rodighiero, I am satisfied that your dealings with MS Rodighiero and his wife constituted harassment.

5. As to the Summary Investigation conducted by Commander Riggs, first of all there is no evidence of actual bias on his part so I must reject that assertion. As to procedural fairness, you were clearly aware of the matters being considered by the investigating officer and had adequate opportunity to respond. Procedural fairness does not require, in these circumstances, the right to cross examine or the right to legal representation. I am not persuaded, after reviewing all the relevant material, that the Summary Investigation was unfair.

6. It follows that I do not accept your claim of legal fees and expenses. The decision to seek legal advice was personal on your part, and the expense is personal.

rige ses faiblesses ou, au contraire, s'il ne fournit pas les efforts voulus pour réaliser les progrès nécessaires ou se rend coupable d'une infraction apparentée à la faiblesse qu'on lui reproche.

f. si les mesures de MG et S ne se soldent pas par un succès, le commandant peut ordonner la libération du militaire.

g. si un militaire s'oppose à la prise des mesures de MG et S, les dispositions prévues aux articles 19.26 et 19.27 des ORFC doivent s'appliquer.

Il y a lieu de reproduire ici le texte de la décision rendue le 22 mars 1995 par le contre-amiral Johnston:

[TRADUCTION] 1. J'ai examiné votre demande de redressement de grief, référence A, par laquelle vous invoquez l'abus de pouvoir et l'iniquité envers les subordonnés pour conclure à l'annulation de la mesure de mise en garde et surveillance dont vous faites l'objet.

2. Quant au fait que vous avez été confiné à terre, le commandant a pris cette décision parce qu'à son avis, elle était la plus indiquée en l'occurrence.

3. En ce qui concerne la nature de l'enquête, l'OAFIC 19-39 investit l'unité concernée du pouvoir discrétionnaire d'entreprendre une enquête informelle ou une enquête sommaire ou encore de constituer une commission d'enquête. Dans cette affaire, le capitaine (M) Collinson a conclu, à la lumière de toutes les circonstances de la cause, qu'une enquête sommaire serait la plus indiquée.

4. Étant donné que l'officier chargé de l'enquête et l'officier—Travail social régional sont parvenus à la même conclusion à l'issue d'entrevues avec le sergent-chef et M^{me} Rodighiero, je suis convaincu que vos agissements envers le sergent-chef Rodighiero et sa femme étaient des actes de harcèlement.

5. Pour ce qui est de l'enquête sommaire conduite par le commandant Riggs, il n'y a tout d'abord aucune preuve de préjugé de sa part et je dois rejeter cette allégation. Pour ce qui est de l'équité procédurale, vous étiez parfaitement au courant des faits sur lesquels l'officier chargé de l'enquête cherchait à faire la lumière, et vous avez eu amplement la possibilité d'y répondre. L'équité procédurale ne signifie dans ce contexte ni le droit de contre-interroger ni le droit au ministère d'avocat. Après examen de tous les documents, je ne suis pas convaincu que l'enquête sommaire fût inique.

6. Il s'ensuit que je ne fais pas droit à votre demande de remboursement des honoraires d'avocat et des frais. Vous seul avez décidé de retenir les services d'un avocat, et les frais sont d'ordre personnel.

7. I am satisfied that the Summary Investigation supports the findings and recommendations contained therein. Therefore, regrettably, I do not support your application for Redress of Grievance. Should you be dissatisfied with my response, you may request, through the Chain of Command, to have your application reviewed by higher authority.

7. Je conclus que l'enquête sommaire justifie les conclusions et recommandations qui en découlent. Je regrette donc de ne pouvoir me prononcer en faveur de votre demande de redressement de grief. Si vous n'êtes pas satisfait de ma décision, vous pouvez porter votre plainte à une autorité supérieure de la chaîne de commandement.

10 The appellants submit that this disposition by Rear Admiral Johnston was governed by subparagraph 19.26(10)(b)(ii) of the QR&O, because "it is not within that authority's power to afford redress" in that by subparagraph 6.e.(2) of CFAO 26-17 Rear Admiral Johnston—not being "the initiating authority"—was not in a position to "terminate the C&P". The respondent asserts that this cannot be so because the relief he requested of Rear Admiral Johnston was not that of "terminating the C&P" but of quashing Captain Collinson's decision imposing it. I agree with that position.

10 Les appelants soutiennent que la décision susmentionnée du contre-amiral Johnston tombe sous le coup du sous-alinéa 19.26(10)(b)(ii) des ORFC, «parce que [cette autorité] n'a pas le pouvoir d'accorder le redressement demandé» en ce que par application de l'alinéa 6.e.(2) de l'OAF 26-17, le contre-amiral Johnston, n'étant pas «l'autorité compétente ayant ordonné la mise sous surveillance», n'était pas en position d'y mettre fin. L'intimé réplique qu'il n'en est rien puisque le redressement que l'appelant demandait au contre-amiral Johnston n'était pas de «mettre un terme» à la mesure de MG et S, mais d'annuler la décision du capitaine Collinson. Je juge cet argument fondé.

11 It does appear from the language in which Rear Admiral Johnston couched his decision that he was not there disposing of the complaint under subparagraph 19.26(10)(b)(ii) of the QR&O because nowhere in his letter of March 22, 1995 did he purport to "inform the member that the complaint has not been redressed because the redress authority does not have the power to afford redress" but only that he did "not support your application". It is also apparent that he did not "inform the member that the complaint has not been redressed because the redress authority . . . is not personally satisfied of the justice of the complaint". It seems to me, however, that by saying that he did not "support" the complaint he was indicating, in effect, that he was not personally satisfied of its "justice". By making the application to the Trial Division, the respondent obviously concluded that the decision of Rear Admiral Johnston did "not afford the redress that, in the opinion of the member, is warranted". In those circumstances, it was open to the respondent to seek redress at the next step in the chain of command above Rear Admiral Johnston, namely to the Commander, Maritime Command who, like Rear Admiral Johnston, was endowed with the same

11 Il ressort du texte de la décision du contre-amiral Johnston qu'il n'instruisait pas la plainte sous le régime du sous-alinéa 19.26(10)(b)(ii) des ORFC, car il ne prétendait nulle part dans sa lettre du 22 mars 1995 «informer [le militaire] que l'autorité de redressement [n']a pas fait droit [à sa plainte] parce qu'elle n'a pas le pouvoir d'accorder le redressement demandé», mais se contentait de dire: «je regrette de ne pouvoir me prononcer en faveur de votre demande». Il ne l'a pas informé non plus que «l'autorité de redressement n'y a pas fait droit parce qu'elle . . . n'est pas personnellement convaincue du bien-fondé de la plainte». Il me semble cependant qu'en disant qu'il ne se «prononçait» pas en faveur de la plainte, il faisait savoir en effet qu'il n'était pas personnellement convaincu du bien-fondé de cette plainte. Il est visible que ce qui a poussé l'intimé à saisir la Section de première instance de son recours, c'était sa conclusion que la décision du contre-amiral Johnston «n'accordait pas le redressement qui, de l'avis du militaire, semble justifié». Dans ces conditions, l'intimé avait la possibilité de saisir le supérieur hiérarchique du contre-amiral Johnston, savoir le commandant du Commandement maritime qui, tout comme ce dernier, était investi du même pouvoir de

authority of redress “if . . . personally satisfied of the justice of the complaint”. It seems to me that the power to quash a C&P on the ground the process under which it was imposed was defective is vested in the Commander, Maritime Command under subparagraph 19.26(10)(a)(ii) to the same extent that it was vested in Rear Admiral Johnston.

12 I now turn to the application of the criteria in *Harelkin, supra*, for determining whether an adequate alternative remedy exists. As I conceive it, the Motions Judge rested his view on the inadequacy of an alternative remedy on the time that would be consumed in pursuing the complaint up the chain of command and the cost and stress for the respondent in so doing. As I have already indicated, it would not, in my view, be futile to submit the complaint to the Commander, Maritime Command, because he too is vested with the same power of redress.

13 Admittedly, the time required to pursue a remedy by way of judicial review would, in all likelihood, be less than would be required for submitting the complaint up the chain of command. On the other hand, article 19.26 of the QR&O, requires a complaint to be dealt with as “expeditiously as possible” and lays down in paragraph (11) strict time limits within which decisions are to be made by a particular redress authority below the Chief of the Defence Staff. While, as we have seen, a C&P decision may in some circumstances lead to the “release” from the Canadian Forces of a member affected, release of the respondent cannot occur because, as the Motions Judge noted, the respondent “had already undergone the counselling and probation without ill effect”. What remains for him is his desire to “wipe the disciplinary measure . . . off of his service record”. Pursuing redress up the chain of command would mean taking at least one more step i.e. submitting the complaint to the Commander, Maritime Command. There can, of course, be no assurance that the Commander, Maritime Command, would grant the relief sought but neither can it be safely predicted that he would refuse to grant it. Thus, there exists the availability of the remedy at the very next step

redressement «s’[il] est personnellement convaincu du bien-fondé de la plainte». Il me semble que le sous-alinéa 19.26(10)a)(ii) investit le commandant du Commandement maritime, tout aussi bien que le contre-amiral Johnston, du même pouvoir d’annuler une mesure de MG et S pour vice de procédure,

J’en viens maintenant à l’application des critères 12
dégagés par la jurisprudence *Harelkin* susmentionnée pour examiner s’il existe une autre voie de recours appropriée. D’après ce que j’ai pu voir, le juge des requêtes a fondé sa conclusion à l’absence d’une autre voie de recours appropriée sur les délais requis pour poursuivre la plainte aux niveaux supérieurs successifs de la chaîne de commandement, ainsi que sur le coût et la tension que subirait l’intimé dans cette voie. Comme noté *supra*, il ne serait pas futile de soumettre la plainte au commandant du Commandement maritime puisqu’il est investi du même pouvoir de redressement.

Il est vrai qu’en toute probabilité, le recours en 13
contrôle judiciaire prendrait moins de temps qu’il en faudrait pour porter la plainte aux échelons supérieurs successifs de la chaîne de commandement. Il se trouve cependant que l’article 19.26 des ORFC prescrit d’enquêter sur la plainte «aussi promptement que possible», et que le paragraphe (11) prévoit des délais stricts de décision pour les diverses autorités de redressement au-dessous du chef d’état-major de la défense. Bien que, comme nous l’avons vu, une mesure de MG et S puisse aboutir dans certains cas à la «libération» de l’intéressé des Forces canadiennes, il n’y aurait pas libération de l’intimé en l’espèce puisque, comme l’a noté le juge des requêtes, le requérant «avait déjà complété sa période de mise sous surveillance sans en avoir subi d’effets néfastes». L’affaire était donc classée pour lui, n’eût été son désir «de faire éliminer de son dossier militaire la mesure disciplinaire». Poursuivre son grief aux paliers supérieurs de la chaîne de commandement signifierait que l’intimé aurait à engager au moins l’étape suivante de la procédure, savoir soumettre la plainte au commandant du Commandement maritime. Évidemment rien ne garantit que celui-ci accorderait le redressement demandé, mais rien ne permet

in the chain of command if the redress authority could be satisfied of the “justice” of the complaint i.e. that procedural fairness was not accorded in the circumstances or that there was a reasonable apprehension of bias present in the first step process. In the circumstances I am satisfied that the factor of delay is not such as to warrant the Court’s intervention at this stage.

de dire non plus qu’il le refuserait. Il y a donc une possibilité de recours au niveau supérieur immédiat de la chaîne de commandement si l’autorité de redressement pouvait être convaincue du «bien-fondé» de la plainte de l’intimé, savoir qu’il y a eu manquement à l’équité procédurale et qu’il y avait crainte raisonnable de préjugé au premier palier du processus. Vu les circonstances de la cause, je conclus que le facteur temps n’est pas tel qu’il justifie l’intervention de la Cour en cet état de la cause.

14 Nor am I satisfied that the cost and stress of pursuing the complaint up the chain of command justifies the Court in interfering with that process. Although the Motions Judge regarded these as valid factors, there was no evidence before him in relation to either of them. Indeed, his view was based to some degree on speculation that the respondent does not have “the resources to push onward and upward”. Moreover, I do not understand the complaints procedure as unduly costly. The procedural rules are set forth in article 19.27 of the QR&O, paragraph (1) of which reads:

(1) A complaint in writing submitted by an officer or non-commissioned member under article 19.26 (*Redress of Grievance*) shall contain:

- (a) a statement of the facts of the situation giving rise to the complaint;
- (b) a statement of the redress sought;
- (c) a written statement from any individual upon whom the member is relying to substantiate the complaint; and
- (d) a copy of any document upon which the member is relying to substantiate the complaint.

This betrays a simple and straightforward procedure. Moreover, paragraph (3) of the same article provides for assistance to a member in preparing a complaint, upon request made to the Commanding Officer. It also appears that, as a complaint of this kind proceeds by way of a paper hearing, the primary cost is associated with the preparation of the complaint. Retention of outside legal counsel would no doubt add to the cost of taking the next step. On the other

Je ne suis pas convaincu non plus que le coût et la tension tenant à la poursuite de la plainte aux niveaux supérieurs de la chaîne de commandement justifient l’intervention de la Cour dans ce processus. Bien que le juge des requêtes y ait vu des facteurs valides, il n’a été saisi d’aucune preuve en la matière. En fait, sa conclusion était fondée dans une certaine mesure sur la supposition que le requérant «n’a pas les ressources lui permettant de pousser l’affaire vers le haut». Par ailleurs, je ne pense pas que la procédure d’instruction des plaintes soit excessivement coûteuse. Les règles de procédure sont définies à l’article 19.27 des ORFC, dont le paragraphe (1) porte:

(1) Une plainte écrite présentée par un officier ou militaire du rang en vertu de l’article 19.26 (*Réparation d’une injustice*) renferme les renseignements suivants:

- a) une déclaration des faits qui ont donné naissance à la plainte;
- b) un énoncé du redressement demandé;
- c) une déclaration écrite de toute personne sur laquelle le militaire s’appuie pour établir le bien-fondé de sa plainte;
- d) une copie de tout document sur lequel le militaire s’appuie pour établir le bien-fondé de sa plainte.

On voit bien qu’il s’agit là d’une procédure simple et facile à observer. D’ailleurs, le paragraphe (3) du même article prévoit que sur demande faite à cet effet au commandant, le plaignant peut recevoir de l’aide pour formuler sa plainte. Il appert également que les plaintes de ce genre étant instruites sur pièces, le coût en est principalement celui de la préparation de la plainte. Le recours aux services d’un avocat de l’extérieur ajouterait sans doute au coût de

hand, the comprehensive letter of legal counsel of December 12, 1994 appears to sufficiently define and address the issues the respondent wishes to pursue for the purposes of the next step as well. Therefore, I do not regard cost as determinative.

15 In summary, I am of the view that the process mandated by section 29 of the *National Defence Act* and as laid down in articles 19.26 and 19.27 of the QR&O did afford an adequate alternative remedy and, accordingly, that the application for judicial review should be struck.

16 In view of the conclusion I have arrived at on the second issue, it is not necessary to consider the remaining ones. I should do so, however, in the event I am wrong in the views I have expressed on the second issue. The first issue raises the question whether the decision contained in Rear Admiral Johnston's letter of March 22, 1995 constitutes "a decision or order" within the meaning of subsection 18.1(2) of the *Federal Court Act*. The appellants contend that it is not such a decision or order because, in the words of Pratte J.A. in *Lingley v. Board of Review*, [1976] 1 F.C. 98 (C.A.), at page 101, it did "not, in law, settle a matter and ha[d] no binding effect". In the submission of the respondent the decision did in law settle the matter in so far as Rear Admiral Johnston was concerned and had binding effect because Rear Admiral Johnston acted within his mandate in refusing to quash Captain Collinson's decision of December 7, 1994 and also because, unless that decision be quashed, the C&P order of Captain Collinson will remain forever on his service record. I am inclined to accept the respondent's submission. In my view, the decision of March 22, 1995 did settle the matter which was before Rear Admiral Johnston to decide and that decision is binding on the respondent. The fact that he was entitled to pursue the matter up the chain of command did not render the decision any less final or binding at that stage despite the fact that it might conceivably be overturned at the next step by another redress authority.

la poursuite de la plainte aux paliers supérieurs. Il se trouve cependant que les conclusions contenues dans la lettre exhaustive en date du 12 décembre 1994 de l'avocat de l'intimé sont suffisamment bien définies pour que l'intimé puisse les faire valoir également aux paliers supérieurs. Les frais ne sont donc pas un facteur déterminant.

En bref, j'estime que le processus prescrit par l'article 29 de la *Loi sur la défense nationale* et élaboré par les articles 19.26 et 19.27 des ORFC prévoit une autre voie de recours appropriée et qu'en conséquence, le recours en contrôle judiciaire n'est pas recevable. 15

Vu la conclusion que j'ai tirée au sujet de la deuxième question, il n'est pas nécessaire d'examiner les points litigieux restants. Je le ferai quand même au cas où je me serais trompé au sujet de la deuxième question litigieuse. Il s'agit de savoir en premier lieu si la décision notifiée par la lettre du 22 mars 1995 du contre-amiral Johnston est une «décision ou ordonnance» au sens du paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Les appelants soutiennent qu'elle n'en est pas une parce que, pour reprendre la conclusion tirée par le juge Pratte, J.C.A., dans *Lingley c. Commission d'examen*, [1976] 1 C.F. 98 (C.A.), à la page 101, «juridiquement, [les décisions de ce genre] ne tranchent pas une question et n'ont pas d'effet obligatoire». L'intimé soutient que sur le plan juridique, la décision en question tranchait effectivement la question pour ce qui était du contre-amiral Johnston, et avait effet obligatoire puisque celui-ci avait compétence pour refuser d'annuler la décision du 7 décembre 1994 du capitaine Collinson, et aussi parce que sauf annulation de la mesure de MG et S, elle demeurerait à jamais dans le dossier militaire de l'intimé. Je suis enclin à accepter l'argument de l'intimé. À mon avis, la décision du 22 mars 1995 a effectivement tranché la question telle qu'elle était soumise à la décision du contre-amiral Johnston et elle a force obligatoire à l'égard de l'intimé. Le fait qu'il ait la possibilité de saisir le niveau supérieur de la chaîne de commandement ne rendait pas la décision moins définitive à ce palier, bien que théoriquement, elle puisse être infirmée au palier suivant par une autre autorité de redressement. 16

17 The third issue concerns the form of the order below. In disposing of the motion to strike, the Motions Judge included the following paragraph in his order of November 1, 1995:

THIS COURT FURTHER ORDERS that the motion for striking out all of the respondents, except the Commander, Maritime Forces Pacific, be and it is also dismissed without costs; and the applicant is accorded the option to leave the style of cause as is, or to seek an order eliminating all the above named respondents except the Chief of the Defence Staff and the Minister of National Defence; and

He set forth the rationale for this paragraph at paragraph 18 in his reasons, in the course of which he stated:

In cases such as this, there ought appropriately to be two respondents, the Minister and the Chief of the Defence Staff, representing the civil authority, and its subordinate military authority, who, like the Minister of Citizenship and Immigration in immigration matters, can serve as the overall respondents in all national defence cases where judicial review is sought, thus avoiding unnecessary guessing, confusion and mystery. One should always seek efficacy by simple, not complex, means. In so proceeding with simplicity as herein proposed, the applicant would, of course, pin-point the impugned decision and the decision maker, just as in immigration cases. The decision and decision maker always operate under the aegis and authority of the respective respondents. Simplicity with efficacy is always to be sought.

18 With respect, in my opinion the only person who needed to be joined in the judicial review application at this stage was the person whose decision is sought to be reviewed—that of the Commander, Maritime Forces Pacific. It would clearly be premature to join the Chief of the Defence Staff or the Minister at this stage where a decision of neither of them is sought to be reviewed.

19 Finally, I agree that Captain Collinson's decision of December 7, 1994 could not be reviewed on an application to review Rear Admiral Johnston's decision of March 22, 1995 for the simple reason that subsection 1602(4) of the Rules requires an application to be "in respect of a single decision": *Macinnis*

Le troisième point litigieux concerne la forme de l'ordonnance de la Section de première instance. Se prononçant sur la fin de non-recevoir, le juge des requêtes a prescrit ce qui suit dans son ordonnance du 1^{er} novembre 1995:

LA COUR ORDONNE EN OUTRE que la requête en radiation de tous les intimés à l'exception du commandant des Forces maritimes du Pacifique soit rejetée, et elle est aussi rejetée, sans frais; et la Cour accorde au requérant le choix de laisser l'intitulé de la cause tel qu'il est, ou de demander une ordonnance éliminant tous les intimés qui y sont nommés, à l'exception du chef d'état-major de la défense et du ministre de la Défense nationale;

La disposition ci-dessus est expliquée au paragraphe 18 des motifs de la décision, en particulier en ces termes:

Dans des affaires comme l'espèce, il serait approprié d'avoir deux intimés, le ministre et le chef d'état-major de la défense, représentant l'autorité civile et l'autorité militaire subalterne, qui, comme le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration dans les affaires d'immigration, pourraient agir à titre d'intimés généraux pour toutes les affaires de la défense nationale où un contrôle judiciaire est demandé, évitant ainsi toute devinette, confusion et mystère inutiles. On devrait toujours rechercher l'efficacité par l'utilisation de moyens simples, non complexes. En procédant simplement, comme cela est proposé ici, le requérant cernerait bien correctement la décision contestée et le décideur, tout comme dans les affaires d'immigration. La décision et le décideur se retrouvent toujours sous l'égide et l'autorité de ces intimés. Il faut toujours rechercher la simplicité et l'efficacité.

À mon avis, la seule personne qu'il soit nécessaire de citer dans le recours en contrôle judiciaire en cet état de la cause est la personne dont la décision est contestée, savoir le commandant des Forces maritimes du Pacifique. Il serait vraiment prématuré de citer le chef d'état-major de la défense ou le ministre en cet état de la cause où il n'y a recours en contrôle judiciaire contre aucune décision de l'un ou de l'autre.

Enfin, je conviens que la décision du 7 décembre 1994 du capitaine Collinson ne pourrait être soumise au contrôle judiciaire dans le cadre du recours formé contre la décision du 22 mars 1995 du contre-amiral Johnston, pour la simple raison que selon le paragraphe 1602(4) des Règles, la requête porte «sur le

17

18

19

v. *Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 464 (C.A.).

contrôle judiciaire d'une seule . . . décision»; voir *Macinnis c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 464 (C.A.).

20 I would allow the appeal and would strike the originating notice of motion filed April 14, 1995. In view of the novelty of the issue and the fact that the respondent's arguments were not devoid of merit, I would make no order as to costs.

Je me prononce pour l'accueil de l'appel et la radiation de l'avis de requête introductive d'instance du 14 avril 1995. Vu la nouveauté de la question en litige et étant donné que les arguments de l'intimé ne sont pas dénués de fondement, j'estime qu'il n'y a pas lieu de se prononcer sur les dépens. 20

21 LINDEN J.A.: I agree.

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus. 21

22 HENRY D.J.: I agree.

LE JUGE SUPPLÉANT HENRY: Je souscris aux motifs ci-dessus. 22

T-52-96

T-52-96

Wilbert Colin Thatcher (*Applicant*)**Wilbert Colin Thatcher** (*requérant*)

v.

c.

The Attorney General of Canada, The Honourable Allan Rock, Minister of Justice, and the Attorney General of Saskatchewan (*Respondents*)

Le procureur général du Canada, l'honorable Allan Rock, ministre de la Justice, et le procureur général de la Saskatchewan (*intimés*)

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

RÉPERTORIÉ: THATCHER c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (1^{re} INST.)

Trial Division, Rothstein J.—Saskatoon, August 14; Toronto, October 3, 1996.

Section de première instance, juge Rothstein—Saskatoon, 14 août; Toronto, 3 octobre 1996.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Criminal Code, s. 690 application for mercy — Adverse decision by Justice Minister potentially resulting in continuation of incarceration — Deprivation of liberty engaging Charter, s. 7 — Minister required to act fairly in exercising discretion.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Demande de clémence sous le régime de l'art. 690 du Code criminel — Décision défavorable prise par le ministre de la Justice pouvant avoir pour résultat la poursuite de l'incarcération — Atteinte à la liberté engageant les droits du requérant en vertu de l'art. 7 de la Charte — Le ministre est tenu d'agir équitablement dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

Administrative law — Judicial review — Convicted murderer's Criminal Code, s. 690 application for mercy of Crown dismissed — Application made after legal rights exhausted — No continuing lis between Crown, applicant — No statutory provisions governing exercise of discretion — No appeal from Minister's decision — Adverse decision resulting in continuing incarceration — As no lis, already having received benefit of Charter in trial leading to conviction, content of duty of fairness less than that applicable to judicial proceedings — Minister of Justice must act in good faith, conduct meaningful review — Convict should have reasonable opportunity to state case — Must have adequate disclosure of new relevant information.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Rejet d'une demande de clémence faite, en vertu de l'art. 690 du Code criminel, par une personne déclarée coupable de meurtre — Le requérant avait épuisé ses recours pour faire valoir ses droits — Il n'existe pas de litige en instance entre le ministère public et le requérant — Aucune disposition législative ne régit l'exercice du pouvoir discrétionnaire — Il n'existe aucun appel contre la décision du ministre — Décision défavorable prise par le ministre ayant pour résultat la poursuite de l'incarcération — Puisqu'il n'existe pas de litige, et que le requérant a déjà bénéficié pleinement de la Charte dans les procédures judiciaires antérieures ayant abouti à la déclaration de culpabilité, l'obligation du ministre d'agir équitablement a une ampleur moindre que celle applicable aux procédures judiciaires — Le ministre de la Justice doit agir de bonne foi et procéder à un examen sérieux — La personne déclarée coupable devrait avoir une possibilité raisonnable d'exposer sa cause — La personne déclarée coupable devrait recevoir une divulgation adéquate de nouveaux renseignements pertinents.

Criminal justice — Convicted murderer's Criminal Code, s. 690 application for mercy of Crown dismissed — Content of Minister's duty of fairness — Nature of proceedings, consequences of decision for individual, applicable statutory provisions considered — Duty of fairness met herein — S. 690 process independent of trial, appeals — Final appeal disposed of prior to Stinchcombe decision holding Crown, in prosecuting indictable offence, required to disclose all relevant information to defence — Once no longer in judicial system, cannot seek to re-open case on

Justice criminelle et pénale — Rejet d'une demande de clémence faite, en vertu de l'art. 690 du Code criminel, par une personne déclarée coupable de meurtre — Ampleur de l'obligation du ministre d'agir équitablement — Examen de la nature des procédures, des conséquences de la décision sur la personne concernée et des dispositions législatives applicables — Le ministre s'est acquitté de son obligation d'agir équitablement — La procédure prévue à l'art. 690 est distincte du procès et des appels — La décision dans l'appel de dernière instance a été rendue

basis of subsequently decided case changing law.

Crown — Prerogatives — Criminal Code, s. 690 codifying, delegating to Minister of Justice sovereign's discretion in respect of one aspect of royal prerogative of mercy — Minister's dismissal of convicted murderer's application for mercy meeting duty of fairness — Minister conducting meaningful review, no evidence considering information not available to applicant, applicant having reasonable opportunity to state case.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Judicial review of dismissal by Minister of Justice of application for mercy of Crown under Criminal Code, s. 690 — Cabinet decisions made under authority of royal prerogative subject to judicial review for compatibility with Charter.

This was an application for judicial review of the dismissal of an application for mercy. The applicant had been convicted of the first degree murder of his wife. His appeals were dismissed and he applied to the Minister of Justice under the *Criminal Code*, section 690 for the "mercy of the Crown". The Minister considered the investigative summary prepared by the Department of Justice, the applicant's submissions and letters, and legal opinions and advice provided by his Department. The applicant alleged that he was denied fairness because he did not have full disclosure of the information in police and prosecution files, and the Minister based his decision on some documents not provided to him.

The issue was the extent to which the Minister is obliged to disclose documents in a proceeding under the *Criminal Code*, section 690.

Held, the application should be dismissed.

Cabinet decisions made under the authority of the royal prerogative are subject to judicial review for compatibility with the Charter. The Court had jurisdiction to review the decision of the Minister of Justice.

The content of the duty of fairness varies depending on the nature of the proceedings, the consequences of the

avant l'arrêt Stinchcombe dans lequel la Cour a statué, relativement à un acte criminel, que le ministère public a l'obligation de divulguer à la défense tous les renseignements pertinents — Lorsque l'affaire d'une personne déclarée coupable n'est plus en cours, celle-ci ne peut chercher à faire rouvrir son dossier sur le fondement d'une décision ultérieure qui change le droit.

Couronne — Prerogatives — L'art. 690 du Code criminel codifie le pouvoir discrétionnaire du souverain relativement à un aspect de la prerogative royale de clémence et en délègue l'exercice au ministre de la Justice — Le rejet par le ministre de la demande de clémence faite par la personne déclarée coupable de meurtre est conforme à son obligation d'agir équitablement — Le ministre a procédé à un examen sérieux; rien n'indique que la décision du ministre était fondée sur des renseignements qui n'étaient pas à la disposition du requérant et celui-ci a eu une possibilité raisonnable d'exposer sa cause.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Contrôle judiciaire du rejet par le ministre de la Justice d'une demande de clémence, faite en vertu de l'art. 690 du Code criminel — Les décisions du cabinet prises en vertu de la prerogative royale sont assujetties au contrôle judiciaire aux fins de vérifier leur compatibilité avec la Charte.

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire du rejet d'une demande de clémence. Le requérant a été déclaré coupable du meurtre au premier degré de son épouse. Les appels qu'il a interjetés ont été rejetés et il a présenté au ministre de la Justice une demande «de clémence de la Couronne» en vertu de l'article 690 du *Code criminel*. Le ministre a examiné le sommaire d'enquête préparé par le ministère de la Justice, les observations présentées, les lettres du requérant ainsi que les avis et conseils juridiques préparés par son Ministère. Le requérant soutient qu'on n'a pas agi équitablement envers lui parce qu'il n'a pas obtenu pleine divulgation des renseignements qui se trouvaient dans les dossiers de la police ou du poursuivant, et que le ministre a fondé sa décision sur certains documents qui ne lui avaient pas été fournis.

La question en litige était l'étendue de l'obligation du ministre de divulguer des documents dans une procédure en vertu de l'article 690 du *Code criminel*.

Jugement: la demande doit être rejetée.

Les décisions du cabinet prises en vertu de la prerogative royale sont assujetties au contrôle judiciaire aux fins de vérifier leur compatibilité avec la Charte. La Cour a compétence pour effectuer un contrôle de la décision du ministre de la Justice.

L'ampleur de l'obligation d'agir équitablement varie en fonction de la nature des procédures, des conséquences de

decision for the individual, and the applicable statutory provisions. Section 690 codifies and delegates to the Minister of Justice the sovereign's discretion in respect of one aspect of the royal prerogative of mercy. Except in so far as the Charter requires, proceedings under section 690 are not the subject of legal rights. An application for mercy is made after a convicted person has exhausted his legal rights. Therefore, although the Minister is under a duty of fairness under the Charter, the duty must be considered with regard to the fact that there is no continuing *lis* between the Crown and the applicant. There are no statutory provisions directing the Minister either as to the manner in which the discretion should be exercised or as to the type of investigation to be carried out. No rules of procedure have been laid down. There is neither limitation on the number of applications that can be made under section 690 nor when such applications must be made. Moreover, there is no appeal from the Minister's decision. An adverse decision by the Minister in exercising his discretion under section 690 can result in the continuation of a lengthy, if not lifetime, incarceration of a convicted person. This deprivation of liberty engages the applicant's rights under Charter, section 7 and requires that the Minister act fairly in exercising his discretion. In an application for mercy, there is no *lis* and the applicant has already had the full benefit of the Charter in the proceedings leading to the conviction. The content of the Minister's duty of fairness under section 690 is less than that applicable to judicial proceedings. The Minister must act in good faith and conduct a meaningful review. The convicted person should have a reasonable opportunity to state his case and adequate disclosure of new relevant information revealed by the Minister's investigation. Where the Minister deems it necessary to consider material in police or prosecution files, the material or at least the gist of it, if not already known, must be disclosed. But there is no general obligation on the Minister to review police and prosecution files or to disclose those files merely because of a request by a convicted person.

The record of a telephone conversation on the evening of the murder, evidence in support of an alibi defence, was available to the applicant and was known to his counsel at trial. The applicant had a reasonable opportunity to present his case on this point. There was no breach of fairness by the Minister with respect to this information.

The applicant's final appeal was disposed of prior to the introduction of the standard of disclosure, established by the Supreme Court of Canada in *Stinchcombe*, which

la décision sur la personne concernée et des dispositions législatives applicables. L'article 690 codifie le pouvoir discrétionnaire du souverain relativement à un aspect de la prerogative royale de clémence et en délègue l'exercice au ministre de la Justice. Sauf dans la mesure exigée par la Charte, les procédures en vertu de l'article 690 ne sont pas l'objet de droits. Une demande de clémence est présentée lorsqu'une personne déclarée coupable a épuisé ses recours pour faire valoir ses droits. En conséquence, bien que le ministre ait une obligation d'agir équitablement en vertu de la Charte, cette obligation doit être examinée en fonction du fait qu'il n'existe pas de litige en instance entre le ministère public et le requérant. Aucune disposition législative ne prévoit la façon dont le ministre devrait exercer son pouvoir discrétionnaire ni le type d'enquête auquel il doit procéder. Aucune règle de procédure n'a été établie. Il n'existe pas de restriction quant au nombre de demandes qu'une personne déclarée coupable peut faire en vertu de l'article 690 ni quant au moment où elle doit le faire. De plus, il n'existe aucun appel contre la décision du ministre. Une décision défavorable prise par le ministre dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en vertu de l'article 690 peut avoir pour résultat l'incarcération continue, voire perpétuelle, d'une personne déclarée coupable. C'est cette atteinte à la liberté qui engage les droits du requérant en vertu de l'article 7 de la Charte, et exige que le ministre agisse équitablement dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Dans une demande de clémence, il n'existe pas de litige et le requérant a déjà bénéficié pleinement de la Charte dans les procédures judiciaires antérieures ayant abouti à la déclaration de culpabilité. L'obligation du ministre d'agir équitablement en vertu de l'article 690 a une ampleur moindre que celle applicable aux procédures judiciaires. Le ministre doit agir de bonne foi et procéder à un examen sérieux. La personne déclarée coupable devrait avoir une possibilité raisonnable d'exposer sa cause et recevoir une divulgation adéquate de renseignements nouveaux révélés par l'enquête du ministre. Lorsque le ministre juge nécessaire d'examiner des documents dans les dossiers de la police ou du poursuivant, les documents ou tout au moins l'essentiel des documents devraient être divulgués. Cependant, le ministre n'a aucune obligation générale d'examiner les dossiers de la police et du poursuivant tout simplement parce qu'une personne déclarée coupable a présenté une demande.

Le relevé d'un appel téléphonique le soir du meurtre, constituant une preuve à l'appui d'une défense d'alibi, constituait des renseignements auxquels avait accès le requérant et dont était au courant son avocat au moment du procès. Le requérant a eu une possibilité raisonnable d'exposer sa cause sur ce point. Il n'y a pas eu manquement à l'équité de la part du ministre relativement à ces renseignements.

La décision dans l'appel de dernière instance du requérant a été rendue avant l'établissement de la norme de divulgation par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt

requires the Crown to disclose all relevant information to the defence in a prosecution for an indictable offence. Once a convicted person is no longer in the judicial system, he cannot seek to re-open his case on the basis of a subsequently decided case that changes the law from what it had been at the time of his conviction. The process under section 690 is entirely independent of the applicant's trial and appeals. The applicant was therefore no longer in the judicial system when the new standard of disclosure took effect. As to "new information" before the Minister allegedly contradicting the testimony of a key trial witness, the Minister concluded that it did not constitute a new matter that would provide a reasonable basis for a finding of miscarriage of justice. Any decision by the Minister not to probe further and consider information in police prosecution files, is within the broad discretion under section 690 with respect to the "inquiry".

Since the Minister's actions under section 690 are discretionary and the proceedings are not a continuation of the criminal trial, the applicant had no right to ask the Court to inspect the advice or opinions received by the Minister in a manner analogous to the Court inspecting documents claimed to be privileged in judicial proceeding or to order disclosure of such advice or opinions.

The Minister met the duty of fairness. He conducted a meaningful review. There was no indication that the Minister's decision was based on information that was not available to the applicant. The disclosure given to the applicant and the number and extent of the submissions made by the applicant demonstrated that he had a reasonable opportunity to present his case.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 617.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 690.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al., [1985] 1 S.C.R. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12

Stinchcombe dans lequel la Cour a statué, relativement à un acte criminel, que le ministère public a l'obligation de divulguer à la défense tous les renseignements pertinents. Lorsque l'affaire d'une personne déclarée coupable n'est plus en cours, celle-ci ne peut chercher à faire rouvrir son dossier sur le fondement d'une décision ultérieure qui change le droit par rapport à ce qu'il était à l'époque de la déclaration de culpabilité. La procédure en vertu de l'article 690 est tout à fait distincte du procès et des appels du requérant. En conséquence, l'affaire du requérant n'était plus en cours à l'époque où le nouveau critère de divulgation est entré en vigueur. En ce qui concerne les «renseignements nouveaux» qui contredisaient apparemment le témoignage d'un témoin principal lors du procès, le ministre a conclu qu'ils ne constituaient pas une question nouvelle qui donnerait un fondement raisonnable de conclure à l'existence d'une erreur judiciaire. Toute décision du ministre de ne pas pousser son examen des dossiers de la police et du poursuivant relève du vaste pouvoir discrétionnaire qu'il possède en vertu de l'article 690 en matière d'«enquête».

Puisque les mesures prises par le ministre en vertu de l'article 690 relèvent de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire et que les procédures ne sont pas une continuation du procès criminel, le requérant n'avait pas le droit de demander à la Cour de consulter les avis et les conseils reçus par le ministre, suivant une procédure analogue à celle que la Cour suit pour l'examen de documents relativement auxquels un privilège est revendiqué dans des procédures judiciaires, ou d'ordonner que lui soient communiqués ces avis ou conseils.

Le ministre s'est acquitté de son obligation d'agir équitablement. Il a procédé à un examen sérieux. Rien n'indique que la décision du ministre était fondée sur des renseignements qui n'étaient pas à la disposition du requérant. La divulgation faite au requérant et le nombre et l'étendue des arguments formulés par le requérant démontrent que le requérant a eu une possibilité raisonnable d'exposer sa cause.

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.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 690.
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 617.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres, [1985] 1 R.C.S. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th)

Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1; *Henry v. Canada (Minister of Justice)* (1992), 54 F.T.R. 153 (F.C.T.D.); *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246; (1987), 38 D.L.R. (4th) 530; [1987] 4 W.W.R. 1; 33 C.C.C. (3d) 97; 56 C.R. (3d) 289; 75 N.R. 51; *de Freitas v. Benny*, [1976] A.C. 239 (P.C.).

DISTINGUISHED:

R. v. Stinchcombe, [1991] 3 S.C.R. 326; (1991), 120 A.R. 161; [1992] 1 W.W.R. 97; 83 Alta. L.R. (2d) 93; 68 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 277; 130 N.R. 277; 8 W.A.C. 161.

REFERRED TO:

R. v. Thatcher (1986), 46 Sask. R. 241; [1986] 2 W.W.R. 97; 24 C.C.C. (3d) 449 (C.A.); affd [1987] 1 S.C.R. 652; (1987), 39 D.L.R. (4th) 275; [1987] 4 W.W.R. 193; 57 Sask. R. 113; 32 C.C.C. (3d) 481; 57 C.R. (3d) 97; 75 N.R. 198; *Whitley v. United States of America* (1994), 20 O.R. (3d) 794; 119 D.L.R. (4th) 693; 94 C.C.C. (3d) 99; 75 O.A.C. 100 (C.A.); *United States of America v. Whitley*, [1996] 1 S.C.R. 467; (1996), 120 D.L.R. (4th) vii; 27 O.R. (3d) 96; *Wilson and The Queen, Re* (1987), 35 C.C.C. (3d) 316; 46 Man. R. (2d) 169; 30 C.R.R. 156 (C.A.); *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631; (1992), 97 D.L.R. (4th) 577; 9 Admin. L.R. (2d) 1; 77 C.C.C. (3d) 65; 17 C.R. (4th) 161; 12 C.R.R. (2d) 77; 144 N.R. 327; 59 O.A.C. 241.

APPLICATION for judicial review of the Minister of Justice's dismissal of a convicted murderer's application for mercy under the *Criminal Code*, section 690 on the ground of denial of fairness. Application dismissed.

COUNSEL:

Hugh Harradence for applicant.
Mark Kindrachuk for respondents the Attorney General of Canada and The Honourable Allan Rock.
Graeme G. Mitchell for respondent the Attorney General of Saskatchewan.

SOLICITORS:

Harradence, Longworth, Logue & Harradence, Prince Albert, Saskatchewan, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respon-

481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1; *Henry c. Canada (Ministre de la Justice)* (1992), 54 F.T.R. 153 (C.F. 1^{re} inst.); *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246; (1987), 38 D.L.R. (4th) 530; [1987] 4 W.W.R. 1; 33 C.C.C. (3d) 97; 56 C.R. (3d) 289; 75 N.R. 51; *de Freitas v. Benny*, [1976] A.C. 239 (P.C.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

R. c. Stinchcombe, [1991] 3 R.C.S. 326; (1991), 120 A.R. 161; [1992] 1 W.W.R. 97; 83 Alta. L.R. (2d) 93; 68 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 277; 130 N.R. 277; 8 W.A.C. 161.

DÉCISIONS CITÉES:

R. c. Thatcher (1986), 46 Sask. R. 241; [1986] 2 W.W.R. 97; 24 C.C.C. (3d) 449 (C.A.); conf. par [1987] 1 R.C.S. 652; (1987), 39 D.L.R. (4th) 275; [1987] 4 W.W.R. 193; 57 Sask. R. 113; 32 C.C.C. (3d) 481; 57 C.R. (3d) 97; 75 N.R. 198; *Whitley v. United States of America* (1994), 20 O.R. (3d) 794; 119 D.L.R. (4th) 693; 94 C.C.C. (3d) 99; 75 O.A.C. 100 (C.A.); *États-Unis d'Amérique c. Whitley*, [1996] 1 R.C.S. 467; (1996), 120 D.L.R. (4th) vii; 27 O.R. (3d) 96; *Wilson and The Queen, Re* (1987), 35 C.C.C. (3d) 316; 46 Man. R. (2d) 169; 30 C.R.R. 156 (C.A.); *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631; (1992), 97 D.L.R. (4th) 577; 9 Admin. L.R. (2d) 1; 77 C.C.C. (3d) 65; 17 C.R. (4th) 161; 12 C.R.R. (2d) 77; 144 N.R. 327; 59 O.A.C. 241.

DEMANDE de contrôle judiciaire du rejet par le ministre de la Justice d'une demande de clémence faite, en vertu de l'article 690 du *Code criminel*, par une personne déclarée coupable de meurtre, sur le fondement que l'on n'a pas agi équitablement envers elle. Demande rejetée.

AVOCATS:

Hugh Harradence pour le requérant.
Mark Kindrachuk pour les intimés le procureur général du Canada et l'honorable Allan Rock.
Graeme G. Mitchell pour l'intimé le procureur général de la Saskatchewan.

PROCUREURS:

Harradence, Longworth, Logue & Harradence, Prince Albert, Saskatchewan, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour le

dents the Attorney General of Canada and The Honourable Allan Rock.

Department of Justice (Saskatchewan), Constitutional Law Branch, Regina, for the Attorney General of Saskatchewan.

The following are the reasons for order rendered in English by

ROTHSTEIN J.:

ISSUE

1 The issue in this judicial review is the content of the Minister's duty of fairness to the applicant in a proceeding under section 690 of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46]. Specifically, it is the extent to which the Minister is obliged to grant the applicant disclosure of documents. Section 690 provides:

690. The Minister of Justice may, on an application for the mercy of the Crown by or on behalf of a person who has been convicted in proceedings by indictment or who has been sentenced to preventive detention under Part XXIV,

(a) direct, by order in writing, a new trial or, in the case of a person under sentence of preventive detention, a new hearing, before any court that he thinks proper, if after inquiry he is satisfied that in the circumstances a new trial or hearing, as the case may be, should be directed;

(b) refer the matter at any time to the court of appeal for hearing and determination by that court as if it were an appeal by the convicted person or the person under sentence of preventive detention, as the case may be; or

(c) refer to the court of appeal at any time, for its opinion, any question on which he desires the assistance of that court, and the court shall furnish its opinion accordingly.

FACTS

2 On November 6, 1984, in the Court of Queen's Bench of Saskatchewan, the applicant was convicted of the first degree murder of his wife. An appeal to

procureur général du Canada et l'honorable Allan Rock, intimés.

Le ministère de la Justice (Saskatchewan), Constitutional Law Branch, Regina, pour le procureur général de la Saskatchewan.

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

LE JUGE ROTHSTEIN:

LA QUESTION EN LITIGE

1 Dans le cadre du présent contrôle judiciaire, la question en litige porte sur l'ampleur de l'obligation du ministre d'agir équitablement envers le requérant dans une procédure en vertu de l'article 690 du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46]. Il faut tout particulièrement examiner jusqu'à quel point le ministre est tenu de faire droit à la demande de divulgation de documents présentée par le requérant. L'article 690 dispose:

690. Sur une demande de clémence de la Couronne, faite par ou pour une personne qui a été condamnée à la suite de procédures sur un acte d'accusation ou qui a été condamnée à la détention préventive en vertu de la partie XXIV, le ministre de la Justice peut:

a) prescrire, au moyen d'une ordonnance écrite, un nouveau procès ou, dans le cas d'une personne condamnée à la détention préventive, une nouvelle audition devant tout tribunal qu'il juge approprié si, après enquête, il est convaincu que, dans les circonstances, un nouveau procès ou une nouvelle audition, selon le cas, devrait être prescrit;

b) à tout moment, renvoyer la cause devant la cour d'appel pour audition et décision comme s'il s'agissait d'un appel interjeté par la personne déclarée coupable ou par la personne condamnée à la détention préventive, selon le cas;

c) à tout moment, renvoyer devant la cour d'appel, pour connaître son opinion, toute question sur laquelle il désire son assistance, et la cour d'appel donne son opinion en conséquence.

LES FAITS

2 Le 6 novembre 1984, la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a déclaré le requérant coupable du meurtre au premier degré de son épou-

the Court of Appeal of Saskatchewan was dismissed on January 17, 1986 [(1986), 46 Sask. R. 241], and an appeal to the Supreme Court of Canada was dismissed on May 14, 1987 [[1987] 1 S.C.R. 652]. On October 11, 1989, the applicant applied to the Minister of Justice for the “mercy of the Crown” under section 690 of the *Criminal Code*.

3 The applicant made a number of submissions to the Minister. Counsel for the Department of Justice conducted an investigation, including reviewing transcripts and other documents, and interviewing witnesses. A draft “investigative summary” was prepared which summarized the trial evidence, the appellate proceedings, the material provided by the applicant, and other information gathered during the investigation. The draft investigative summary was provided to applicant’s counsel for comment. Applicant’s counsel then wrote two letters to the Department of Justice, and two further submissions were filed on behalf of the applicant. The investigative summary was corrected for typographical errors, and a final version was prepared.

4 The material provided to the Minister of Justice for his consideration in relation to the section 690 application consisted of the investigative summary, the submissions and letters from the applicant, and legal opinions and advice provided by counsel from the Department of Justice. On April 14, 1994, the Minister rendered his decision dismissing the applicant’s application.

5 The applicant now seeks judicial review of the Minister’s decision on the ground that he was denied fairness. The applicant submits that he did not have full disclosure of the information in police and prosecution files, and that the Minister based his decision on some documents not provided to the applicant. He asks for disclosure of everything seen by both the Minister and his officials. The evidence filed by the respondents is that, with the exception of legal opinions and advice, there are no documents which were considered by the Minister which were not provided to the applicant.

se. Le 17 janvier 1986 [(1986), 46 Sask. R. 241], la Cour d’appel de la Saskatchewan a rejeté un appel; le 14 mai 1987, la Cour suprême du Canada a rejeté un appel [[1987] 1 R.C.S. 652]. Le 11 octobre 1989, le requérant a présenté une demande «de clémence» au ministre de la Justice en vertu de l’article 690 du *Code criminel*.

Le requérant a présenté au ministre un certain nombre d’observations. Les avocats du ministère de la Justice ont tenu une enquête, procédant notamment à un examen de transcriptions et d’autres documents et à un interrogatoire de témoins. Il a ensuite rédigé un «sommaire d’enquête» préliminaire dans lequel étaient résumés la preuve déposée au procès, les procédures d’appel, les documents fournis par le requérant et d’autres renseignements recueillis lors de l’enquête. Ce sommaire a ensuite été remis pour commentaires à l’avocat du requérant. Celui-ci a alors envoyé deux lettres au ministère de la Justice et déposé deux autres arguments pour le compte du requérant. On a corrigé les erreurs typographiques contenues dans le sommaire d’enquête et dressé une version finale du document.

Pour les fins de l’examen de la demande sur le fondement de l’article 690, le ministre de la Justice avait reçu le sommaire d’enquête, les observations présentées, les lettres du requérant ainsi que les avis et conseils juridiques préparés par l’avocat du ministère de la Justice. Le 14 avril 1994, le ministre a rendu sa décision par laquelle il rejetait la demande du requérant.

Le requérant demande maintenant un contrôle judiciaire de la décision du ministre pour le motif qu’on n’a pas agi équitablement envers lui. Il soutient d’une part, qu’il n’a pas obtenu pleine divulgation des renseignements qui se trouvaient dans les dossiers de la police ou du poursuivant, et d’autre part, que le ministre a fondé sa décision sur certains documents qui ne lui avaient pas été fournis. Il demande que lui soit divulgué tout document consulté par le ministre et ses fonctionnaires. Quant aux intimés, la preuve qu’ils ont présentée est que le requérant a reçu divulgation de tout document dont le ministre a tenu compte, sauf des avis et conseils juridiques.

JURISDICTION OF THE COURT TO REVIEW
DECISIONS OF THE MINISTER UNDER SEC-
TION 690

6 Since the decision of the Supreme Court of Canada in *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441, cabinet decisions made under the authority of the royal prerogative are subject to judicial review for compatibility with 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]]. At page 455, Dickson J. (as he then was) stated:

I agree with Madame Justice Wilson that cabinet decisions fall under s. 32(1)(a) of the *Charter* and are therefore reviewable in the courts and subject to judicial scrutiny for compatibility with the Constitution. I have no doubt that the executive branch of the Canadian government is duty bound to act in accordance with the dictates of the *Charter*. Specifically, the cabinet has a duty to act in a manner consistent with 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.¹

In *Henry v. Canada (Minister of Justice)* (1992), 54 F.T.R. 153 (F.C.T.D.), Reed J. explicitly found that decisions made by the Minister under section 690 (then section 617 [R.S.C. 1970, c. C-34]) of the *Criminal Code* are subject to judicial review. There is, therefore, no dispute that this Court has jurisdiction to review the decision of the Minister of Justice.

THE EXTENT OF THE MINISTER'S DUTY OF
FAIRNESS UNDER SECTION 690

7 As already mentioned, the question in controversy is the extent of the Minister's duty of fairness under section 690. The content of that duty varies depending on the nature of the proceedings, the consequences of the decision for the individual affected, and the applicable statutory provisions. (See *Whitley v. United States of America* (1994), 20 O.R. (3d) 794 (C.A.), at pages 806-807, *per* Laskin J.A.,

COMPÉTENCE DE LA COUR EN MATIÈRE DE
CONTRÔLE DES DÉCISIONS PRISES PAR LE
MINISTRE EN VERTU DE L'ARTICLE 690

6 Depuis l'arrêt *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441, de la Cour suprême du Canada, les décisions du cabinet prises en vertu de la prérogative royale sont assujetties au contrôle judiciaire aux fins de vérifier leur compatibilité avec 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]]. À la page 455, le juge Dickson (plus tard juge en chef) a affirmé:

Je conviens avec le juge Wilson que les décisions du cabinet relèvent de l'al. 32(1)a) de la *Charte* et qu'elles sont donc assujetties au contrôle judiciaire et à l'examen des tribunaux aux fins de vérifier leur compatibilité avec la Constitution. Je ne doute pas que l'exécutif du gouvernement canadien ait l'obligation d'agir conformément aux préceptes de la *Charte*. Plus précisément, le cabinet a l'obligation d'agir de manière à respecter le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne et de manière à ne porter atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale¹.

Dans *Henry c. Canada (Ministre de la Justice)* (1992), 54 F.T.R. 153 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Reed a explicitement conclu que les décisions prises par le ministre en vertu de l'article 690 (alors l'article 617 [S.R.C. 1970, ch. C-34]) du *Code criminel* sont assujetties au contrôle judiciaire. En conséquence, il est incontestable que notre Cour a compétence pour effectuer un contrôle de la décision du ministre de la Justice.

L'ÉTENDUE DE L'OBLIGATION DU MINISTRE
D'AGIR ÉQUITABLEMENT EN VERTU DE
L'ARTICLE 690

7 Comme je l'ai déjà mentionné, la question en litige est de déterminer l'étendue de l'obligation d'agir équitablement qu'a le ministre en vertu de l'article 690. L'ampleur de cette obligation varie en fonction de la nature des procédures, des conséquences de la décision sur la personne concernée et des dispositions législatives applicables. (Voir *Whitley v. United States of America* (1994), 20 O.R. (3d) 794

upheld on appeal in *United States of America v. Whitley*, [1996] 1 S.C.R. 467.)

(C.A.), aux pages 806 et 807, le juge Laskin de la Cour d'appel, confirmé en appel dans *États-Unis d'Amérique c. Whitley*, [1996] 1 R.C.S. 467.)

Nature of Proceedings and Applicable Statutory Provisions

Nature des procédures et dispositions législatives applicables

8 Section 690 of the *Criminal Code* codifies and delegates to the Minister of Justice the discretion of the sovereign in respect of one aspect of the royal prerogative of mercy (see *Wilson and The Queen, Re* (1987), 35 C.C.C. (3d) 316 (Man. C.A.), at page 323, *per* Monnin C.J.M.). The nature of this type of proceeding is outlined by Lord Diplock in *de Freitas v. Benny*, [1976] A.C. 239 (P.C.), at page 247:

L'article 690 du *Code criminel* codifie le pouvoir discrétionnaire du souverain relativement à un aspect de la prérogative royale de clémence et en délègue l'exercice au ministre de la Justice (voir *Wilson and The Queen, Re* (1987), 35 C.C.C. (3d) 316 (C.A. Man.), à la page 323, le juge Monnin, juge en chef du Manitoba). La nature de ce type de procédure est expliquée par lord Diplock dans *de Freitas v. Benny*, [1976] A.C. 239 (P.C.), à la page 247:

8

Except in so far as it may have been altered by the Constitution the legal nature of the exercise of the royal prerogative of mercy in Trinidad and Tobago remains the same as it was in England at common law. At common law this has always been a matter which lies solely in the discretion of the sovereign, who by constitutional convention exercises it in respect of England on the advice of the Home Secretary to whom Her Majesty delegates her discretion. Mercy is not the subject of legal rights. It begins where legal rights end. A convicted person has no legal right even to have his case considered by the Home Secretary in connection with the exercise of the prerogative of mercy. In tendering his advice to the sovereign the Home Secretary is doing something that is often cited as the exemplar of a purely discretionary act as contrasted with the exercise of a quasi-judicial function. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] Sauf dans la mesure où elle peut avoir été modifiée par la Constitution, la nature juridique de l'exercice de la prérogative royale de clémence à Trinité et Tobago demeure la même qu'en Angleterre sous le régime de la common law. Et, en common law, cette prérogative a toujours uniquement relevé du pouvoir discrétionnaire du souverain qui, par convention constitutionnelle, l'exerce en Angleterre sur avis du secrétaire de l'Intérieur à qui Sa Majesté délègue son pouvoir discrétionnaire. La procédure de clémence ne fait pas l'objet de droits. Elle commence là où prennent fin ces droits. Une personne déclarée coupable n'a même pas sur le plan juridique le droit de faire examiner son dossier par le secrétaire de l'Intérieur dans le cadre de l'exercice de la prérogative de clémence. Lorsqu'il donne son avis au souverain, le secrétaire de l'Intérieur fait quelque chose que l'on qualifie souvent d'archétype d'acte purement discrétionnaire par opposition à l'exercice d'une fonction quasi judiciaire. [Je souligne.]

9 While the observations of Lord Diplock must now be read in Canada in light of the Charter, they do provide some guidance as to the nature of the proceedings. Except in so far as the Charter requires, proceedings under section 690 are not the subject of legal rights. An application for mercy is made after a convicted person has exhausted his legal rights. Therefore, although the Minister is under a duty of fairness under the Charter, the duty must be considered with regard to the fact that there is no continuing *lis* between the Crown and the applicant.

Bien que les observations de lord Diplock doivent maintenant être examinées au Canada dans le contexte de la Charte, elles offrent certaines directives relativement à la nature de la procédure. Sauf dans la mesure exigée par la Charte, les procédures en vertu de l'article 690 ne sont pas l'objet de droits. Une demande de clémence est présentée lorsqu'une personne déclarée coupable a épuisé ses recours pour faire valoir ses droits. En conséquence, bien que le ministre ait une obligation d'agir équitablement en vertu de la Charte, cette obligation doit être examinée en fonction du fait qu'il n'existe pas de litige en instance entre le ministère public et le requérant.

9

10 That the function of the Minister of Justice under section 690 is an “exemplar of a purely discretionary act” is reflected in the wide allowance given to the Minister to exercise his discretion. There are no statutory provisions directing the Minister as to the manner in which he should exercise his discretion. There are no requirements as to the type of investigation the Minister must carry out under section 690.

11 Further, no rules of procedure have been laid down. There does not appear to be a limitation on the number of applications that can be made under section 690 by a convicted person or when such applications must be made. Moreover, there is no appeal from the decision of the Minister under this section.

Consequences of the Decision upon the Applicant

12 An adverse decision by the Minister in exercising his discretion under section 690 can result in the continuation of a lengthy, if not lifetime, incarceration of a convicted person. This deprivation of liberty is what engages the applicant’s rights under section 7 of the Charter, and requires that the Minister act fairly in exercising his discretion. However, it is important to remember, even in the context of the Charter, that the applicant is asking for mercy. In this respect, there is no *lis* between the applicant and the Minister, and the applicant has already had the full benefit of the Charter in the antecedent judicial proceedings leading to the conviction.

Content of the Minister’s Duty

13 Having regard to the nature of proceedings under section 690 and the consequences to the individual, I am of view that the content of the Minister’s duty of fairness under section 690 is less than that applicable to judicial proceedings. In exercising his discretion under section 690, the Minister must act in good faith and conduct a meaningful review, provided that the application is not frivolous or vexatious. The convicted person should have a reasonable opportunity to state his case. However, pro-

Le fait que la fonction du ministre de la Justice en vertu de l’article 690 constitue un «archétype d’acte de nature purement discrétionnaire» se manifeste dans la grande latitude accordée au ministre dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire. Aucune disposition législative ne prévoit la façon dont le ministre devrait exercer son pouvoir discrétionnaire. Il n’y a pas d’exigence quant au type d’enquête auquel il doit procéder en vertu de l’article 690.

Par ailleurs, aucune règle de procédure n’a été établie. Il ne paraît pas exister de restriction quant au nombre de demandes qu’une personne déclarée coupable peut faire en vertu de l’article 690 ni quant au moment où elle doit le faire. De plus, il n’existe aucun appel contre la décision du ministre en vertu de cette disposition.

Conséquences de la décision sur le requérant

12 Une décision défavorable prise par le ministre dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire en vertu de l’article 690 peut avoir pour résultat l’incarcération continue, voire perpétuelle, d’une personne déclarée coupable. C’est cette atteinte à la liberté qui engage les droits du requérant en vertu de l’article 7 de la Charte, et exige que le ministre agisse équitablement dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire. Cependant, il importe de se rappeler, même dans le contexte de la Charte, que le requérant fait une demande de clémence. À cet égard, il n’existe pas de litige entre le requérant et le ministre, et le requérant a déjà bénéficié pleinement de la Charte dans les procédures judiciaires antérieures ayant abouti à la déclaration de culpabilité.

Ampleur de l’obligation du ministre

13 Compte tenu de la nature des procédures en vertu de l’article 690 et des conséquences pour l’intéressé, je suis d’avis que l’obligation du ministre d’agir équitablement en vertu de l’article 690 a une ampleur moindre que celle applicable aux procédures judiciaires. Dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire en vertu de l’article 690, le ministre doit agir de bonne foi et procéder à un examen sérieux pourvu que la demande ne soit ni futile ni vexatoire. La personne déclarée coupable devrait avoir une

ceedings under section 690 do not constitute an appeal on the merits. There is no general right of disclosure to everything considered by the Minister or his officials.

14 Serious applications will usually arise from some new matter indicating it is likely that there has been a miscarriage of justice. To the extent that the Minister's investigation discovers new relevant information, the convicted person should have adequate disclosure of that new information. The manner in which the Minister discloses the new relevant information—be it actual documents or only the gist of the information obtained by the Minister—will depend on the circumstances of each case, having regard to the right of a convicted person to have a reasonable opportunity to state his case.

15 Exceptionally, as a result of new information that is substantial and would provide a reasonable basis for a finding of miscarriage of justice, the Minister may find it necessary to consider material in police or prosecution files. In such a case, the material, or at least the gist of the material the Minister or his officials review, if not already known by the applicant, would have to be disclosed to him. But there is no general obligation on the Minister to review police and prosecution files or to disclose those files merely because of a request by a convicted person.

APPLICATION TO THE FACTS OF THIS CASE

16 In this case, the applicant raises three areas with respect to which he seeks disclosure. I will consider them in turn.

1. The first relates to a record of a telephone conversation between the Thatcher residence in Moose Jaw and the Sheraton Oasis Hotel in Palm Springs, California at 6:24 p.m. on January 21, 1983, the night of the murder. The applicant alleges that he spoke to one Lynne Dally (Mendell) in that call.

possibilité raisonnable d'exposer sa cause. Cependant, les procédures en vertu de l'article 690 ne constituent pas un appel sur le fond. Il n'existe pas de droit général de divulgation de tout ce dont le ministre ou ses fonctionnaires ont tenu compte.

14 Les demandes sérieuses découleront habituellement de l'existence de certaines questions nouvelles susceptibles d'indiquer qu'il y a eu erreur judiciaire. Dans la mesure où l'enquête du ministre révèle l'existence de renseignements nouveaux, la personne déclarée coupable devrait recevoir une divulgation adéquate de ces renseignements. La façon dont le ministre divulgue ces nouveaux renseignements pertinents — qu'il remette les documents mêmes ou communique seulement l'essentiel des renseignements qu'il a obtenus — dépendra des circonstances de chaque affaire, compte tenu du droit d'une personne déclarée coupable d'avoir une possibilité raisonnable d'exposer sa cause.

15 À titre exceptionnel, lorsqu'il existe de nombreux renseignements nouveaux susceptibles de fournir un fondement raisonnable de conclure à une erreur judiciaire, le ministre peut juger nécessaire d'examiner des documents dans les dossiers de la police ou du poursuivant. Dans un tel cas, les documents ou tout au moins l'essentiel des documents que le ministre ou ses fonctionnaires examinent — lorsque le requérant n'en est pas déjà au courant — devraient lui être divulgués. Cependant, le ministre n'a aucune obligation générale d'examiner les dossiers de la police et du poursuivant tout simplement parce qu'une personne déclarée coupable a présenté une demande.

APPLICATION AUX FAITS EN L'ESPÈCE

16 En l'espèce, le requérant soulève trois points relativement auxquels il cherche à obtenir divulgation. Je les examinerai à tour de rôle.

1. Premièrement, il cherche à obtenir un relevé d'un appel téléphonique entre sa résidence de Moose Jaw et l'hôtel Sheraton Oasis de Palm Springs, en Californie, à 18 h 24, le 21 janvier 1983, le soir du meurtre. Le requérant allègue qu'il avait alors parlé à Lynne Dally (Mendell). Le meurtre s'est produit le

The murder took place that night at about 6:00 p.m. in Regina. The applicant says the call proves that he could not have been in Regina at 6:00 p.m. when the murder was committed.

soir en question, vers 18 h à Regina. De l'avis du requérant, cet appel prouve qu'il ne pouvait se trouver à Regina à 18 heures lors de la perpétration du meurtre.

17 The applicant does not explain how the telephone record of the call would place him in any better position than the information already in his possession to advance this point. The transcript of the cross-examination of Lynne Dally (Mendell) at trial records that counsel for the applicant put questions to Ms. Dally which indicated that counsel knew of the call between the applicant's residence and the Sheraton Oasis Hotel. Further, there is no indication that it was not open to the applicant to subpoena the relevant telephone company record if he thought it would be useful to him.

Le requérant n'explique pas comment le relevé en question le placerait dans une meilleure position que les renseignements déjà en sa possession. La transcription du contre-interrogatoire de Lynne Dally (Mendell), en première instance, indique que l'avocat du requérant lui a posé des questions qui indiquaient qu'il était au courant de l'appel entre la résidence du requérant et l'hôtel Sheraton Oasis. Par ailleurs, rien n'indique que le requérant ne pouvait pas exiger, par voie d'assignation, la production du relevé téléphonique pertinent s'il jugeait qu'il serait utile.

18 The information sought here is not new information obtained by the Minister in the course of his investigation. Indeed, it is information which was available to the applicant and was known to his counsel at trial. I am satisfied that the applicant has had a reasonable opportunity to present his case on this point. There is no breach of fairness by the Minister with respect to this information.

En l'espèce, les renseignements demandés ne sont pas des renseignements nouveaux obtenus par le ministre dans le cadre de son enquête. En fait, ce sont des renseignements auxquels avait accès le requérant et dont était au courant son avocat au moment du procès. Je suis convaincu que le requérant a eu une possibilité raisonnable d'exposer sa cause sur ce point. Il n'y a pas eu manquement à l'équité de la part du ministre relativement à ces renseignements.

2. The applicant refers to a statement to the police that may have been made by one Gary Anderson on January 24 or January 26, 1983, a few days after the murder. The Anderson statement raises more squarely than the telephone record the matter of disclosure of the police and prosecution files to which the applicant has not had access. This is the real substance of his claim.

2. Le requérant fait état d'une déclaration qu'un dénommé Gary Anderson aurait faite à la police le 24 janvier ou le 26 janvier 1983, quelques jours après le meurtre. Cette déclaration soulève plus clairement que le relevé téléphonique la question de la divulgation des dossiers de la police et du poursuivant, auxquels le requérant n'a pas eu accès. Et ceci constitue le vrai fondement de sa revendication.

19 In essence, it is the applicant's position that he should be entitled to disclosure according to the standard set forth by the Supreme Court of Canada in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, wherein it was determined that in a prosecution for an indictable offence, the duty on the Crown is to disclose all relevant information to the defence. However, here, the principles of *Stinchcombe* must be considered in light of the fact that the applicant has

Le requérant soutient essentiellement qu'il devrait avoir droit de recevoir divulgation conformément à la norme formulée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, dans lequel la Cour a statué, relativement à un acte criminel, que le ministère public a l'obligation de divulguer à la défense tous les renseignements pertinents. Cependant, en l'espèce, les principes formulés dans *Stinchcombe* doivent être examinés compte tenu

already exhausted his legal rights in the judicial system. The applicant was properly tried and convicted under the laws in force at the relevant time—a time at which the *Stinchcombe* standard of disclosure did not yet apply. (The applicant's appeal to the Supreme Court of Canada was dismissed on May 14, 1987, whereas, *Stinchcombe* was decided in 1991.)

du fait que le requérant a déjà épuisé ses recours pour faire valoir ses droits à l'intérieur du système judiciaire. Le requérant a été régulièrement jugé et déclaré coupable en vertu des lois en vigueur à l'époque — à une époque où la norme de divulgation formulée dans *Stinchcombe* ne s'appliquait pas encore. (Le pourvoi du requérant devant la Cour suprême du Canada a été rejeté le 14 mai 1987; l'arrêt *Stinchcombe* a été rendu en 1991.)

20 Once a convicted person is no longer in the judicial system he cannot seek to re-open his case on the basis of a subsequently decided case that changes the law from what it had been at the time of his conviction. In regard to re-opening a case, the Supreme Court held in *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246, at page 257, that:

Lorsque l'affaire d'une personne déclarée coupable n'est plus en cours, celle-ci ne peut chercher à faire rouvrir son dossier sur le fondement d'une décision ultérieure qui change le droit par rapport à ce qu'il était à l'époque de la déclaration de culpabilité. En ce qui concerne la réouverture d'un dossier, la Cour suprême a statué dans *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246, à la page 257:

The appropriate test is whether or not the accused is still in the judicial system . . . this test affords a means of striking a balance between the "wholly impractical dream of providing perfect justice to *all* those convicted under the overruled authority and the practical necessity of having some finality in the criminal process". Finality in criminal proceedings is of the utmost importance but the need for finality is adequately served by the normal operation of *res judicata*: a matter once finally judicially decided cannot be relitigated. Thus a person convicted . . . will not be able to reopen his or her case, unless, of course, the conviction is not final.

Le critère qu'il faut appliquer est de savoir si l'affaire de l'accusé est toujours en cours . . . ce critère permet d'établir un équilibre entre [TRADUCTION] «le rêve très peu réaliste d'assurer une justice parfaite à *tous* ceux qui ont été déclarés coupables en vertu du précédent rejeté et la nécessité pratique d'un certain caractère définitif du processus en matière criminelle». Il est de la plus haute importance qu'une instance criminelle ait un caractère définitif, mais l'application normale du principe de l'autorité de la chose jugée répond adéquatement à ce besoin. Une affaire jugée définitivement ne peut être soumise de nouveau aux tribunaux. Ainsi la personne reconnue coupable . . . ne sera pas en mesure de rouvrir son dossier à moins, bien entendu, que la déclaration de culpabilité ne soit pas définitive.

21 As already mentioned, the process before the Minister under section 690 is not a continuation of the *lis* between the Crown and the applicant, and is entirely independent of the applicant's trial and appeals. The applicant was, therefore, no longer in the judicial system at the time when the *Stinchcombe* standard of disclosure took effect. Section 690 cannot be used by a convicted person as a means of getting around *Wigman*.²

Comme je l'ai déjà mentionné, la procédure dont est saisi le ministre en vertu de l'article 690 n'est pas la poursuite du litige entre le ministère public et le requérant; elle est tout à fait distincte du procès et des appels du requérant. En conséquence, l'affaire du requérant n'était plus en cours à l'époque où le critère de divulgation formulé dans *Stinchcombe* est entré en vigueur. L'article 690 ne peut être utilisé par une personne déclarée coupable comme moyen de contourner l'arrêt *Wigman*.²

22 As to whether this case is an exceptional one requiring the Minister to specifically consider material in police or prosecution files, there was "new information" that the Minister considered. The Minister had before him "new information" alleged-

Quant à savoir si le présent cas constitue une affaire exceptionnelle exigeant du ministre qu'il examine spécifiquement des renseignements se trouvant dans les dossiers de la police ou du poursuivant, il existait des «renseignements nouveaux» dont

ly contradicting the testimony of Anderson, who was argued to have been a key witness at the applicant's trial.

23 With respect to this "new information", the Minister's reasons indicate that he thoroughly considered submissions concerning information gathered from Calvin Smoker, Karen Naugler, Terry Chubb and Dan Doyle. The Minister found that the statements of Calvin Smoker, although recent, were unreliable and inconsistent with facts established by reliable evidence. He found the statements of Karen Naugler to be unreliable hearsay, contradicted by the originator of the information. The statements of Terry Chubb, he found to be mistaken and not capable of belief. He found that the statements of Dan Doyle did not constitute "new information". Counsel for the applicant knew about the Doyle statements before trial and had obtained disclosure according to the standard of disclosure at that time.

24 The Minister concluded that none of the information constituted a new matter that would provide a reasonable basis for a finding of miscarriage of justice. Given this conclusion, any decision by the Minister not to probe further and consider information in police and prosecution files, i.e. the Anderson statements, comes within the broad discretion that he possesses under section 690 with respect to his "inquiry". In these circumstances, it is not bad faith or a dereliction of duty by the Minister not to grant disclosure of the Anderson statement, if indeed it exists in police or prosecution files.

3. Advice and opinions from counsel for the Department of Justice to the Minister were not provided to the applicant. While the applicant does not seek legal opinions provided to the Minister (and it appears he could not by virtue of *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631, at page 663, *per* Cory J.), he does express the concern that

le ministre a tenu compte. En effet, il avait obtenu des «renseignements nouveaux» qui contredisaient apparemment le témoignage d'Anderson qui aurait été témoin principal lors du procès du requérant.

23 En ce qui concerne ces «renseignements nouveaux», le ministre indique dans ses motifs qu'il a soigneusement examiné les arguments relatifs aux renseignements obtenus de Calvin Smoker, Karen Naugler, Terry Chubb et Dan Doyle. Il a conclu que les déclarations de Calvin Smoker, malgré leur caractère récent, n'étaient ni dignes de foi ni compatibles avec les faits établis par les éléments de preuve dignes de foi. À son avis, les déclarations de Karen Naugler constituaient du ouï-dire non digne de foi, qui avait été contredit par l'auteur des propos. Pour ce qui est des déclarations de Terry Chubb, il a conclu qu'elles étaient erronées et non dignes de foi. Il a conclu que les déclarations de Dan Doyle ne constituaient pas des «renseignements nouveaux». L'avocat du requérant était au courant avant le procès des déclarations de Doyle et il en avait obtenu divulgation conformément à la norme de divulgation en vigueur à l'époque.

24 Le ministre a conclu qu'aucun de ces renseignements ne constituait une question nouvelle qui donnerait un fondement raisonnable de conclure à l'existence d'une erreur judiciaire. Vu cette conclusion, toute décision du ministre de ne pas pousser son examen des dossiers de la police et du poursuivant — les déclarations d'Anderson — et d'en tenir compte relève du vaste pouvoir discrétionnaire qu'il possède en vertu de l'article 690 en matière d'«enquête». Dans ces circonstances, le ministre n'a pas fait preuve de mauvaise foi ni manqué à une obligation du fait qu'il n'a pas permis la divulgation de la déclaration d'Anderson, si une telle déclaration existe dans les dossiers de la police ou du poursuivant.

3. Le requérant n'a pas reçu communication des avis et conseils juridiques que les avocats du ministère de la Justice ont fournis au ministre. Bien que le requérant ne cherche pas à obtenir les opinions juridiques fournies au ministre (ce qu'il ne pourrait apparemment pas obtenir en application de l'arrêt *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S.

the opinions and advice provided to the Minister may have contained other factual information to which he says he is entitled.

631, à la page 663, le juge Cory), il est préoccupé par le fait que les conseils et les avis fournis au ministre contenaient peut-être d'autres renseignements factuels dont il estime avoir droit de recevoir communication.

25 In legal proceedings, where a dispute arises as to whether documents claimed to be privileged are indeed subject to privilege, there is a recognized process by which the Court may inspect the documents and rule on the privilege claim. However, given that the Minister's actions under section 690 of the *Criminal Code* are discretionary and the proceedings in this case are not a continuation of the applicant's criminal trial, I do not think the procedure that applies in legal proceedings applies here. Accordingly, there is no right in the applicant to ask the Court to inspect the advice or opinions received by the Minister in a manner analogous to the Court inspecting documents claimed to be privileged in judicial proceedings or to order disclosure of such advice or opinions.

25 Dans des procédures judiciaires, lorsqu'un litige vise à déterminer si des documents que l'on dit visés par un privilège sont en fait assujettis à ce privilège, il existe une procédure reconnue par laquelle la Cour peut examiner les documents et se prononcer sur le privilège revendiqué. Cependant, puisque les mesures prises par le ministre en vertu de l'article 690 du *Code criminel* relèvent de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire et que les procédures en l'espèce ne sont pas une continuation du procès criminel du requérant, je ne crois pas que la procédure s'applique aux procédures judiciaires en l'espèce. En conséquence, le requérant n'a pas le droit de demander à la Cour de consulter les avis et les conseils reçus par le ministre, suivant une procédure analogue à celle que la Cour suit pour l'examen de documents relativement auxquels un privilège est revendiqué dans des procédures judiciaires, ou d'ordonner que lui soient communiqués ces avis ou conseils.

CONCLUSION

26 In this case, the evidence before me indicates that the Minister has amply met his duty of fairness to the applicant. From his detailed 73-page decision, it is obvious that the Minister conducted a meaningful review. There is no indication that the Minister's decision was based on information that was not available to the applicant. The disclosure given to the applicant and the number and extent of the submissions made by the applicant demonstrate that the applicant has had a reasonable opportunity to present his case. The application for judicial review is dismissed.

CONCLUSION

26 En l'espèce, la preuve qui m'a été présentée indique que le ministre s'est amplement acquitté de son obligation d'agir équitablement envers le requérant. Il ressort de sa décision détaillée de 73 pages que le ministre a procédé à un examen sérieux. Rien n'indique que la décision du ministre était fondée sur des renseignements qui n'étaient pas à la disposition du requérant. La divulgation faite au requérant et le nombre et l'étendue des arguments formulés par le requérant démontrent que le requérant a eu une possibilité raisonnable d'exposer sa cause. La demande de contrôle judiciaire est rejetée.

¹ S. 7 of the Charter states:

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.

² It is perhaps worth observing that this issue will likely not arise in respect of convictions after *Stinchcombe*

¹ L'art. 7 de la Charte dispose que:

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.

² Il vaut peut-être la peine de signaler que cette question ne se présentera probablement pas relativement à une

because of the duty now on the Crown to disclose all relevant information in the criminal proceedings. Further, under *Stinchcombe* the Crown is under a continuing obligation to disclose new information that comes into its possession. (See *Stinchcombe*, at p. 343.) The distinction in this case is that the applicant seeks to use *Stinchcombe* to obtain old information in a plea for mercy under s. 690.

déclaration de culpabilité prononcée après l'arrêt *Stinchcombe* vu l'obligation que le ministère public a maintenant de divulguer tous les renseignements pertinents dans les procédures criminelles. Par ailleurs, en vertu de *Stinchcombe*, le ministère public a une obligation continue de communiquer les renseignements nouveaux qu'il a obtenus (voir *Stinchcombe*, à la p. 343). La distinction en l'espèce est que le requérant cherche à utiliser l'arrêt *Stinchcombe* pour obtenir des renseignements anciens dans une demande de clémence en vertu de l'art. 690.

T-1977-94

T-1977-94

Robert Lavigne (*Applicant*)**Robert Lavigne** (*requérant*)

v.

c.

Human Resources Development (Formerly Health and Welfare Canada) and Her Majesty the Queen (*Respondents*)**Développement des ressources humaines (anciennement Santé et Bien-être social Canada) et Sa Majesté la Reine** (*intimés*)

and

et

The Office of the Commissioner of Official Languages (*Intervenor*)**Le Commissariat aux langues officielles** (*intervenant*)**INDEXED AS: LAVIGNE v. CANADA (HUMAN RESOURCES DEVELOPMENT) (T.D.)****RÉPERTORIÉ: LAVIGNE c. CANADA (DÉVELOPPEMENT DES RESSOURCES HUMAINES) (1^e INST.)**

Trial Division, Pinard J.—Montréal, September 24; Ottawa, October 30, 1996.

Section de première instance, juge Pinard—Montréal, 24 septembre; Ottawa, 30 octobre 1996.

Official languages — Commissioner of Official Languages finding public servant's language of work rights infringed and making recommendations — Extent of remedies under Official Languages Act, s. 77(4) — Damages — Formal apology.

Langues officielles — Le Commissaire aux langues officielles a conclu qu'il y avait eu atteinte aux droits d'un fonctionnaire de travailler dans la langue de son choix et il a formulé des recommandations — Étendue des réparations possibles en vertu de l'art. 77(4) de la Loi sur les langues officielles — Dommages-intérêts — Excuses formelles.

Public Service — Selection process — Term appointee failing performance review, excluded from rehiring eligibility list — Alleging due to denial of training, work instruments in English — Commissioner of Official Languages finding language of work rights infringed, making recommendations — Extent of remedies under Official Languages Act, s. 77(4) — Damages — Formal apology.

Fonction publique — Processus de sélection — Un employé nommé pour une période déterminée n'a pas réussi l'examen du rendement et a été exclu de la liste d'admissibilité à la réembauche — Il a allégué que la cause en était le refus de lui fournir de la formation et des outils de travail en anglais — Le Commissaire aux langues officielles a conclu qu'il y avait eu atteinte aux droits de travailler dans la langue de son choix et il a formulé des recommandations — Étendue des réparations possibles en vertu de l'art. 77(4) de la Loi sur les langues officielles — Dommages-intérêts — Excuses formelles.

The applicant, an Anglophone, had a term appointment at the Department of National Health and Welfare (hereinafter Human Resources Development (HRD)) in Montréal. Some 31 information clerks, including the applicant, underwent performance review for the purpose of rehiring. He failed to obtain the passing mark and was not placed on the eligibility list. The applicant made four complaints to the Commissioner of Official Languages (COL) having to do with "language of work and with equal opportunities for employment and advancement in federal institutions". Basically, the applicant alleged that he had been denied training and work instruments in English, as well as the opportunity to work in English, and that this had an unfavourable impact on the acquisi-

Le requérant, qui est anglophone, avait été nommé pour une période déterminée au ministère de la Santé nationale et du Bien-être social (ci-après le Développement des ressources humaines (DRH)) à Montréal. Quelque 31 commis aux renseignements, dont le requérant, ont fait l'objet d'un examen du rendement en vue d'être réembauchés. Il n'a pas obtenu la note de passage et n'a pas été placé sur la liste d'admissibilité. Le requérant a déposé quatre plaintes auprès du Commissaire aux langues officielles (CLO), plaintes qui touchaient à «la langue de travail et aux chances d'emploi et d'avancement au sein des institutions fédérales». Fondamentalement, le requérant a soutenu qu'on lui avait refusé la formation et les instruments de travail en anglais, ainsi que la possibilité de

tion of knowledge and on his performance, and, consequently, on his evaluation. This evaluation was used by his employer in deciding not to rehire him. The COL found in his favour and made recommendations of a general nature to improve the situation of Anglophone public servants working in Montréal and that the applicant's performance evaluation be reviewed without delay, taking into account the fact that he had been placed at a disadvantage in demonstrating his knowledge and abilities. The ensuing review concluded that the applicant still did not meet the minimum requirements to be placed on a rehire list.

This was an application, under subsections 77(1) and (4) of the *Official Languages Act*, for, *inter alia*, damages for discriminatory conduct of HRD, for loss of salary, for lost benefits, for physical and mental anguish and the loss of "enjoyment of life", including all medical expenses, for a total of \$119,317.80; an order requiring HRD to reinstate the applicant in the federal Public Service; an order declaring that the employment record of the applicant while at HRD be subject to verification and rectification where needed; an unqualified letter of reference; an order that HRD provide a letter of apology to the applicant, to be posted throughout all HRD facilities; and an order for costs.

Held, the application should be allowed in part.

The respondent HRD has already acknowledged that it infringed the Act and agreed to implement the recommendations of the COL report. The evidence has established that the review was conducted pursuant to the guidelines set out in the COL report and that the applicant was assessed in a fair manner. The Court was not, however, limited to any of the recommendations in the COL report.

There was no evidence to support the applicant's request for an order requiring HRD to reinstate him to the federal Public Service, nor the applicant's request for an order declaring that his employment record while at HRD be subject to verification where needed, nor for the applicant's request for an unqualified letter of reference.

The main issue was the question of damages. The respondents argued that the applicant could not recover damages. The fact that this proceeding was brought by notice of motion did not prevent the applicant from claim-

travailler en anglais, et que cela avait affecté défavorablement l'acquisition de connaissances ainsi que son rendement et, par conséquent son évaluation. Son employeur s'est basé sur cette évaluation pour décider de ne pas le réembaucher. Le CLO a conclu que les plaintes du requérant étaient fondées, il a formulé des recommandations de nature générale afin d'améliorer la situation des fonctionnaires anglophones travaillant à Montréal et il a recommandé de revoir, sans tarder, l'évaluation de rendement du requérant, en tenant compte du fait qu'il avait été placé dans une position défavorable pour faire valoir ses connaissances et ses capacités. Dans le rapport de révision consécutif, on a conclu que le requérant ne répondait tout de même pas aux exigences minimales nécessaires pour figurer sur une liste de réembauchage.

Il s'agit d'une demande, présentée conformément aux paragraphes 77(1) et (4) de la *Loi sur les langues officielles*, en vue d'obtenir, entre autres, des dommages-intérêts en raison de la conduite discriminatoire du DRH, pour perte de salaire, pour avantages perdus, pour angoisse physique et morale et la perte de la «jouissance de la vie», y compris tous les frais médicaux, au total de 119 317,80 \$; une ordonnance imposant au DRH de rétablir le requérant dans la fonction publique fédérale; une ordonnance déclarant que les antécédents professionnels du requérant lorsqu'il était au DRH doivent être vérifiés et rectifiés si nécessaire; une lettre de recommandation sans réserves; une ordonnance enjoignant au DRH de donner au requérant une lettre d'excuse, laquelle sera affichée dans toutes les installations du DRH; et l'adjudication des dépens.

Jugement: la demande doit être accueillie en partie.

L'intimé DRH a déjà reconnu avoir enfreint la Loi et a convenu d'appliquer les recommandations du rapport du CLO. Il est ressorti de la preuve qu'on a procédé à l'examen conformément aux lignes directrices du rapport du CLO et qu'on a apprécié le requérant de façon équitable. La Cour n'avait toutefois pas à s'en tenir aux recommandations du rapport du CLO.

La preuve n'appuyait pas la demande du requérant en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant au DRH de le réintégrer dans la fonction publique fédérale, ni la demande du requérant visant à obtenir une ordonnance déclarant que ses antécédents professionnels lorsqu'il était au DRH doivent être vérifiés si nécessaire, ni la demande du requérant visant à obtenir une lettre de recommandation sans réserves.

La question principale était celle des dommages-intérêts. Les intimés ont soutenu que le requérant ne pouvait pas recouvrer de dommages-intérêts. Le fait que la poursuite avait été intentée au moyen d'un avis de requête n'empê-

ing damages. Furthermore, the interpretation of the *Official Languages Act* suggested by the respondents, which would disallow recovery of damages, was restrictive and incompatible with the interpretation of the nature and purposes of the Act given by the Federal Court of Appeal in *Canada (Attorney General) v. Viola*, [1991] 1 F.C. 373. Just as subsection 24(1) of the Charter gives the Court a broad discretion to grant a remedy for a Charter violation, subsection 77(4) of the Act gives an equally broad discretion to grant a remedy for a violation of the language rights protected under it. Also, the ability of the Court to award damages was essential to the enforcement of guaranteed quasi-constitutional rights.

The applicant was not entitled to any compensation for loss of salary and benefits since he has not established any causal link between the non-compliance by HRD with Part V of the Act and the fact that he was not rehired. However, the legitimate attempts by the applicant to protect his language rights caused him significant inconvenience and loss of enjoyment of life, which should be compensated for by an award of damages in the amount of \$3,000. Exemplary damages could not be awarded since the applicant had not established that HRD's conduct was of a harsh, vindictive, reprehensible or malicious nature. Finally, considering that the COL concluded that the applicant's language of work complaints were founded and considering that the respondents have admitted to infringements under Part V of the Act, HRD owes the applicant a formal apology in writing telling every employee of a federal institution that, with respect to language of work and provision of services, HRD was firmly committed, in accordance with the Act, to upholding and according equal status to both official languages, as well as to ensuring that every employee has equal rights and privileges, irrespective of his or her preferred official language. This apology should be posted throughout all HRD facilities.

chait pas le requérant de réclamer des dommages-intérêts. En outre, l'interprétation de la *Loi sur les langues officielles* proposée par les intimés, qui niait le droit aux dommages-intérêts, était restrictive et incompatible avec l'interprétation de la nature et des fins de la Loi que la Cour d'appel fédérale a donnée dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Viola*, [1991] 1 C.F. 373. Tout comme le paragraphe 24(1) de la Charte donne à la Cour un large pouvoir discrétionnaire d'accorder la réparation d'une violation de la Charte, le paragraphe 77(4) de la Loi donne à la Cour le pouvoir discrétionnaire également étendu d'accorder une réparation à l'égard de la violation des droits linguistiques que la Loi protège. De plus, la possibilité pour la Cour d'adjudger des dommages-intérêts était essentielle à la mise en vigueur des droits quasi-constitutionnels garantis.

Le requérant n'avait droit à aucune compensation pour perte de salaire et d'avantages parce qu'il n'a établi aucun lien causal entre la non-observation, par le DRH, de la partie V de la Loi et le fait qu'il n'a pas été réembauché. Cependant, les efforts légitimes du requérant de protéger ses droits linguistiques lui ont causé une gêne considérable et la perte de la jouissance de la vie, qui doivent se compenser par des dommages-intérêts s'élevant à 3 000 \$. La Cour ne pouvait pas accorder de dommages-intérêts exemplaires parce que le requérant n'a pas établi que le DRH s'était conduit de façon dure, rancunière, répréhensible ni malveillante. Finalement, étant donné que le CLO a conclu que les plaintes du requérant à l'égard de sa langue de travail étaient fondées, et vu que les intimés ont admis les infractions à la partie V de la Loi, le DRH doit au requérant des excuses formelles par écrit signalant à chaque employé d'une institution fédérale qu'en ce qui concerne la langue au travail et la fourniture des services, le DRH est fermement déterminé, conformément à la Loi, à maintenir et à accorder un statut égal aux deux langues officielles, aussi bien qu'à voir à ce que chaque employé ait des droits et des privilèges égaux, indépendamment de la langue officielle qu'il préfère. Ces excuses devront être affichées dans toutes les installations de DRH.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 24.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 46 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 14; 1992, c. 1, s. 68).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 2(1), 302, 400.
Official Languages Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, ss. 36(1)(a)(i), 77, 80.

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.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 46 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 14; 1992, ch. 1, art. 68).
Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31, art. 36(1)a)(i), 77, 80.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 2(1), 302, 400.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canada (Attorney General) v. Viola, [1991] 1 F.C. 373; (1990), 123 N.R. 83 (C.A.); *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; (1986), 29 D.L.R. (4th) 161; 26 C.C.C. (3d) 481; 52 C.R. (3d) 1; 21 C.R.R. 76; 67 N.R. 241; 16 O.A.C. 81; *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595; (1988), 31 O.A.C. 81; 45 C.C.C. (3d) 204; 66 C.R. (3d) 193; 89 N.R. 161; *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085; (1989), 58 D.L.R. (4th) 193; [1989] 4 W.W.R. 218; 36 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 81; 90 CLLC 14,035; 94 N.R. 321.

DISTINGUISHED:

Lussier v. Collin, [1985] 1 F.C. 124; (1984), 22 C.C.C. (3d) 124; 20 C.R.R. 29 (C.A.).

REFERRED TO:

Clarke v. Clarke, [1990] 2 S.C.R. 795; (1990), 73 D.L.R. (4th) 1; 113 N.R. 321; 28 R.F.L. (3d) 113.

APPLICATION under subsection 77(4) of the *Official Languages Act* for numerous remedies, including damages, on the ground that the Department of National Health and Welfare had infringed the applicant's language rights. Application allowed in part.

COUNSEL:

Yves LeBoeuf for respondents.
Elizabeth Grace for intervenor.

APPEARANCE:

Robert Lavigne on his own behalf.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for respondents.
Office of the Commissioner of Official Languages for intervenor.

APPLICANT ON HIS OWN BEHALF:

Robert Lavigne.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Canada (Procureur général) c. Viola, [1991] 1 C.F. 373; (1990), 123 N.R. 83 (C.A.); *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; (1986), 29 D.L.R. (4th) 161; 26 C.C.C. (3d) 481; 52 C.R. (3d) 1; 21 C.R.R. 76; 67 N.R. 241; 16 O.A.C. 81; *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595; (1988), 31 O.A.C. 81; 45 C.C.C. (3d) 204; 66 C.R. (3d) 193; 89 N.R. 161; *Vorvis c. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085; (1989), 58 D.L.R. (4th) 193; [1989] 4 W.W.R. 218; 36 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 81; 90 CLLC 14,035; 94 N.R. 321.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Lussier c. Collin, [1985] 1 C.F. 124; (1984), 22 C.C.C. (3d) 124; 20 C.R.R. 29 (C.A.).

DÉCISION CITÉE:

Clarke c. Clarke, [1990] 2 R.C.S. 795; (1990), 73 D.L.R. (4th) 1; 113 N.R. 321; 28 R.F.L. (3d) 113.

DEMANDE présentée conformément au paragraphe 77(4) de la *Loi sur les langues officielles* en vue d'obtenir plusieurs réparations, dont des dommages-intérêts, pour le motif que le ministère de la Santé nationale et du Bien-être social avait porté atteinte aux droits linguistiques du requérant. Demande accueillie en partie.

AVOCATS:

Yves LeBoeuf pour les intimés.
Elizabeth Grace pour l'intervenant.

A COMPARU:

Robert Lavigne pour son propre compte.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.
Commissariat aux langues officielles pour l'intervenant.

REQUÉRANT POUR SON PROPRE COMPTE:

Robert Lavigne.

The following are the reasons for order rendered in English by

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

1 PINARD J.: This is an application for numerous remedies pursuant to section 77 of the *Official Languages Act* (the Act).¹ Section 77 sets out that:

1 LE JUGE PINARD: Il s'agit d'une demande de plusieurs réparations conformément à l'article 77 de la *Loi sur les langues officielles* (la Loi)¹. L'article 77 dit ce qui suit:

77. (1) Any person who has made a complaint to the Commissioner in respect of a right or duty under sections 4 to 7, sections 10 to 13 or Part IV or V, or in respect of section 91, may apply to the Court for a remedy under this Part.

77. (1) Quiconque a saisi le commissaire d'une plainte visant une obligation ou un droit prévus aux articles 4 à 7 et 10 à 13 ou aux parties IV ou V, ou fondée sur l'article 91 peut former un recours devant le tribunal sous le régime de la présente partie.

...

...

(4) Where, in proceedings under subsection (1), the Court concludes that a federal institution has failed to comply with this Act, the Court may grant such remedy as it considers appropriate and just in the circumstances.

(4) Le tribunal peut, s'il estime qu'une institution fédérale ne s'est pas conformée à la présente loi, accorder la réparation qu'il estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

(5) Nothing in this section abrogates or derogates from any right of action a person might have other than the right of action set out in this section.

(5) Le présent article ne porte atteinte à aucun autre droit d'action.

BACKGROUND FACTS

HISTORIQUE

2 The applicant qualified in competition 92-NHW-QU-OC-166, held by National Health and Welfare (NHW), in July 1992. He was ranked 19th on the eligibility list established for bilingual positions. The applicant was appointed for a specified period to the position of information clerk at the CR-04 group and level in bilingual position ISQZC-8540C for the period from August 27, 1992 to March 31, 1993. This position was a bilingual imperative position (linguistic profile BBB). The applicant's preferred language is English. After the appropriate testing, the applicant received a B level on the reading test, a B level on the writing test and an E level on the oral test. B level on the reading test indicates that the applicant could understand most descriptive and factual texts dealing with work-related subjects, grasp the main idea of most work-related texts, pick out specific information and distinguish the main ideas from secondary ideas. B level on the writing test indicates that the applicant is able to write short descriptive or factual texts in his or her second language and has sufficient command of vocabulary and grammar to process explicit information pertaining to work-related subjects. An E level on the oral

2 Le requérant a réussi le concours 92-NHW-QU-OC-166, tenu par Santé et Bien-être social (SBES) en juillet 1992. Il s'est classé dix-neuvième sur la liste d'admissibilité établie à l'égard des postes bilingues. Le requérant a été nommé pour une période déterminée au poste de commis aux renseignements au groupe et au niveau CR-04 au poste bilingue ISQZC-8540C, pour la période allant du 27 août 1992 au 31 mars 1993. Il s'agissait d'un poste bilingue à nomination impérative (profil linguistique BBB). La langue préférée du requérant est l'anglais. Après avoir subi les épreuves appropriées, le requérant s'est mérité la note B pour la lecture, la même note pour la rédaction et la note E pour l'expression orale. Le niveau B pour la lecture signifie que le requérant pouvait comprendre la plupart des textes descriptifs et factuels ayant trait à des sujets reliés à son travail, saisir l'idée principale de la plupart des textes reliés à son travail, tirer des renseignements particuliers et distinguer les idées principales de celles d'une importance secondaire. Le niveau B à l'égard de la rédaction indique que le requérant est capable d'écrire de courts textes descriptifs ou factuels dans sa seconde langue et qu'il en maîtrise

test indicates that the applicant's spoken French is at such a high level that he never has to be tested again while in the employ of the federal government.

3 In March 1993, before the term of employment ended, the 31 information clerks hired at the conclusion of competition 92-NHW-QU-OC-166 underwent a performance review for the purpose of rehiring. All the clerks were evaluated on the basis of their performance during the term of employment ending March 31, 1993, by the unit head responsible for supervising them for the purposes of rehiring. At the conclusion of this review process, 22 candidates were placed on an eligibility list. The 22 candidates received an overall mark of 65% or higher on the evaluation. Candidates were required to obtain a pass mark of at least 65% in order to be placed on the eligibility list. Five of the 22 candidates on the eligibility list identified themselves as Anglophones. Of the 22 candidates on the eligibility list, 19 accepted the offer of employment they were given and three did not. Some of the 19 candidates who were rehired subsequently had their contracts renewed. However, in September 1994, none of the 19 candidates, who were rehired in March 1993, still worked for Income Security Programs.

4 As is the case in all selection processes conducted in the Public Service of Canada, the employees concerned were rated on a basis of three factors: knowledge, abilities and personal suitability. The marks of the 31 information clerks ranged from a high of 85% to a low of 34.2%. The applicant received an overall mark of 52.8%. As a result, he could not be placed on the eligibility list and has not been rehired by the respondent since his term of employment ended on March 31, 1993. Applicant's mark on the knowledge factor was 79 out of 140, or 56.42%. Applicant's mark on the abilities factor was 115 out of 220, or 52.2%. Applicant's mark on the personal suitability factor was 70 out of 140, or

suffisamment le vocabulaire et la grammaire pour traiter des renseignements explicites ayant trait à des sujets reliés à son travail. La note E dans l'épreuve orale indique que le requérant s'exprime en français à un niveau si élevé qu'il n'a jamais à être testé de nouveau tant qu'il est à l'emploi du gouvernement fédéral.

3 En mars 1993, avant la fin de la durée de leur emploi, les 31 commis aux renseignements engagés à la suite du concours 92-NHW-QU-OC-166 ont fait l'objet d'un examen du rendement en vue d'être réembauchés. Le chef d'unité responsable de la supervision des commis les a tous appréciés en fonction de leur rendement au cours de la durée de leur emploi qui prenait fin le 31 mars 1993 aux fins de les réembaucher. À la conclusion de ce processus d'examen, 22 candidats ont été placés sur une liste d'admissibilité. Les 22 candidats ont reçu la note globale de 65 % ou plus sur leur appréciation. Les candidats devaient obtenir la note de passage d'au moins 65 % afin de figurer sur la liste d'admissibilité. Cinq des 22 candidats placés sur la liste d'admissibilité se sont désignés comme étant anglophones. Des 22 candidats figurant sur la liste d'admissibilité, 19 ont accepté l'offre d'emploi qui leur a été faite et trois l'ont refusée. Quelques-uns des 19 candidats réembauchés ont vu leurs contrats renouvelés par la suite. Toutefois, en septembre 1994, aucun des 19 candidats qui avaient été réembauchés en mars 1993 travaillait encore dans le cadre des programmes de la sécurité du revenu.

4 Comme c'est le cas pour tous les processus de sélection dans la fonction publique du Canada, les employés visés ont été notés en fonction de trois facteurs: leurs connaissances, leurs compétences et leurs qualités personnelles. Les notes des 31 commis aux renseignements allaient de la note la plus élevée de 85 % à celle la plus basse de 34,2 %. Le requérant a obtenu la note globale de 52,8 %. Conséquemment, il n'a pu être placé sur la liste d'admissibilité et n'a pas été embauché de nouveau par l'intimée depuis que son emploi a pris fin le 31 mars 1993. La note du requérant à l'égard de ses connaissances était de 79 sur 140, soit 56,42 %. Il s'est mérité, au niveau de ses compétences, la note de 115

50%. On February 8, 1994, the respondent asked the Public Service Commission of Canada to provide him with a list of candidates from its inventory for use in another competition, that is competition 94-NHW-QU-OC-004. The purpose of that competition was to establish a new eligibility list to meet the additional needs of the Montréal client service centre. The previous eligibility list, established following competition 92-NHW-QU-OC-166 in August 1992, was still valid but no longer contained any names; in other words, everyone who had been on the list was either working with Income Security Programs or not available. On February 11 and 16, 1994, the Public Service Commission of Canada sent the respondent Human Resources Development (HRD) referral notices containing the names of candidates who might wish to enter the competition. The applicant's name did not appear on the lists of referrals from the Public Service Commission. The fact that the applicant's name did not appear on the said lists was not the result of any action by the respondent HRD, choosing referred candidates being the responsibility of the Public Service Commission.

sur 220, soit 52,2 %, et celle de 70 sur 140 à l'égard de ses qualités personnelles, soit 50 %. Le 8 février 1994, l'intimée a demandé à la Commission de la fonction publique du Canada de lui fournir une liste de candidats tirée de son répertoire pour qu'elle puisse s'en servir dans un autre concours, soit le concours 94-NHW-QU-OC-004. Ce concours visait l'établissement d'une nouvelle liste d'admissibilité pour répondre aux besoins supplémentaires du centre de services aux clients de Montréal. La liste d'admissibilité précédente, établie à la suite du concours 92-NHW-QU-OC-166 en août 1992, était encore valide mais elle ne contenait plus de noms; en d'autres termes, tous ceux qui y avaient figuré travaillaient dans le cadre des programmes de la sécurité du revenu ou alors n'étaient pas disponibles. Les 11 et 16 février 1994, la Commission de la fonction publique du Canada a adressé à l'intimé Développement des ressources humaines (DRH) des avis de présentation contenant les noms des candidats qui pourraient vouloir participer au concours. Le nom du requérant ne figurait pas sur les listes de présentation de la Commission de la fonction publique. Le fait que le nom du requérant ne figurait pas sur les listes en question n'était pas le fait de l'intimé DRH, le choix des candidats présentés étant la responsabilité de la Commission de la fonction publique.

5 During his employ at NHW, the applicant made four complaints to the Commissioner of Official Languages (COL). The report prepared by the COL sets them out as follows:

- his supervisor requires that correspondence addressed to the regional office in Quebec City be written in French (OCOL file 1950-92-H2);
- memorandums sent to the Montreal District Office from the Quebec Regional Office are unilingual French (OCOL file 0174-93-H2);
- most of the job-related training courses are offered in French only at the Montreal District Office (OCOL file 0175-93-H2);
- various unilingual English messages sent by electronic mail from the Montreal District Office to the Quebec Regional Office are returned with the notation “*en français s.v.p.*” [in French, please] (OCOL file 0357-93-H2).

In a letter dated July 4, 1993, the complainant added further elements to his initial allegations, namely:

5 Au cours de son emploi auprès de SBES, le requérant a déposé quatre plaintes auprès du Commissaire aux langues officielles (CLO). Le rapport rédigé par le CLO les expose comme suit:

- sa surveillante exige que la correspondance, adressée au bureau régional situé à Québec, soit écrite en français (dossier COLO 1950-92-H2);
- Les notes de service envoyées au bureau du district de Montréal, en provenance du bureau régional de Québec sont unilingues françaises (dossier COLO 0174-93-H2);
- la plupart des cours de formation liés à l'emploi sont offerts en français seulement au bureau du district de Montréal (dossier COLO 0175-93-H2);
- plusieurs messages unilingues anglais envoyés par courrier électronique, du bureau du district de Montréal au bureau régional de Québec, sont retournés avec la mention «en français s.v.p.» (dossier COLO 0357-93-H2).

Dans une lettre du 4 juillet 1993, le plaignant nous présentait des éléments additionnels aux allégations initiales; il précisait ainsi que:

– the linguistic climate that prevailed at the Montreal office reflected the fact that the institution had not created an environment conducive to the use of English;

– his employer had done nothing to promote the use of English and refused him the right to work in English;

– the fact that he had been denied training and work instruments in English had an unfavourable impact on the acquisition of knowledge and on his performance, and, consequently, on the evaluation of these done by his supervisor; the employer used this evaluation in deciding not to rehire him for another specified period (term).

6 The COL identified the issue as having to do with “language of work and with equal opportunities for employment and advancement in federal institutions” pursuant to the provisions of Part V of the Act. The Montréal work region is designated as bilingual, and accordingly, employees have the right to use the language of their choice in carrying out their work functions. The Québec Regional Office is not designated as bilingual. The Québec office has jurisdiction over the Montréal office. The report set out that “the Quebec office must accommodate the employees of the Montreal office as regards their right to work in the official language of their choice. Thus, in the internal handling of the files of NHW clients, the employees of the Montreal office may communicate with the Quebec office in the language of their choice.”

7 The conclusions of the COL, rendered in his report which came out in June 1994, were as follows:

– the management of the Montreal office did not identify in advance the linguistic preference of the complainant (nor of the other term clerks) when he took up his duties;

– the management of the Montreal office did not ensure that the complainant and other English-speaking staff received the documentation produced at the regional and local levels in their official language;

– the complainant’s opportunities to demonstrate his abilities and potential were affected due to the fact that he was obliged, during approximately half his term of employment, to work in French; and

– le climat linguistique qui régnait au bureau de Montréal reflétait le fait que l’institution n’y avait pas créé un environnement propice à l’utilisation de l’anglais;

– son employeur n’aurait rien fait pour promouvoir l’emploi de la langue anglaise et lui aurait refusé de travailler en anglais;

– le fait qu’on lui ait refusé la formation et les instruments de travail en anglais a affecté défavorablement l’acquisition de connaissances ainsi que son rendement et, par conséquent l’évaluation qu’en a faite sa surveillante; l’employeur s’est basé sur cette évaluation pour décider de ne pas le réembaucher pour une autre période terme (déterminée).

6 Le CLO a considéré que les plaintes touchaient à «la langue de travail et aux chances d’emploi et d’avancement au sein des institutions fédérales», conformément aux dispositions de la partie V de la Loi. La région de travail de Montréal est désignée bilingue et, conséquemment, les employés ont le droit de se servir de la langue de leur choix dans l’exercice de leurs fonctions. Le bureau régional de Québec n’est pas désigné comme étant bilingue. Le bureau de Montréal relève du bureau de Québec. Le rapport a précisé que «le bureau de Québec doit accommoder les employés du bureau de Montréal dans leur droit de travailler dans la langue officielle de leur choix. Ainsi, dans le cadre du traitement interne des dossiers de la clientèle de SBES, les employés du bureau de Montréal peuvent communiquer avec le bureau de Québec dans leur langue préférée.»

7 Les conclusions du CLO, rendues dans son rapport déposé en juin 1994, sont les suivantes:

– la gestion du bureau de Montréal n’a pas préalablement identifié la préférence linguistique du plaignant (ni celle des autres commis dans des postes déterminés) à son arrivée en fonction;

– la gestion du bureau de Montréal ne s’est pas assurée que le plaignant et les autres membres du personnel d’expression anglaise reçoivent dans leur langue officielle la documentation produite tant au niveau régional qu’au niveau local;

– les chances du plaignant de faire valoir ses capacités et son potentiel furent affectées compte tenu du fait qu’il fut obligé, pendant environ la moitié de son emploi, de travailler en français; et

— the complainant was put at a disadvantage in terms of his opportunity to acquire and master work-related knowledge because he did not receive his initial training in his official language and did not have work instruments available in his language. The complainant was thereby placed at a disadvantage in the selection process compared to his French-speaking peers. This situation could have had a negative impact on his opportunities for employment in the Department.

— le plaignant fut défavorisé dans ses chances d'acquérir et de maîtriser des connaissances reliées à l'emploi parce qu'il n'a pas reçu la formation initiale dans sa langue officielle et ne disposait pas des instruments de travail dans sa langue. Le plaignant se trouvait ainsi désavantagé par rapport à ses pairs d'expression française lors du processus de sélection. Cette situation a pu avoir un effet négatif sur ses chances d'emploi au sein du ministère.

8 As the COL concluded that the applicant's language of work complaints were founded, he made the following recommendations to the respondent HRD:

1. review, without delay, the complainant's performance evaluation (the one prepared within the context of the selection process of persons recalled for another term), taking into account the fact that the complainant was placed at a disadvantage in demonstrating his knowledge and abilities; and, if possible, review its decision not to renew his term. . . .

2. organize, by June 30, 1994, information sessions for the managers of the Montreal office to make them more aware of their linguistic obligations;

3. ensure that the managers of the Montreal office take, by June 30, 1994, all the measures required to provide English-speaking employees with work instruments in their official language and to create a climate conducive to the use of both official languages in the work environment;

4. ensure immediately that staff training in bilingual regions in Quebec is offered in the official language of the employees; and

5. put in place, by June 30, 1994, the corrective measures contemplated in July 1993 by the Regional Director, Human Resources, with regard to central services at the Quebec office.

En concluant que les plaintes du requérant au sujet de sa langue de travail étaient justifiées, il a fait les recommandations suivantes au DRH:

1. de revoir, sans tarder, l'évaluation de rendement du plaignant (celle qui fut faite dans le cadre du processus de sélection des commis retenus pour une autre période d'emploi) en tenant compte du fait que le plaignant a été placé dans une position défavorable pour faire valoir ses connaissances et ses capacités; et, si possible, la décision concernant le non-renouvellement de son emploi. . .

2. mettre en place, d'ici le 30 juin 1994, des séances d'information à l'intention des gestionnaires du bureau de Montréal afin de les sensibiliser à leurs obligations linguistiques;

3. s'assurer que les gestionnaires du bureau de Montréal prennent, d'ici le 30 juin 1994, toutes les mesures visant à fournir à ses employés d'expression anglaise les instruments de travail dans leur langue officielle et à créer un climat favorable à l'usage des deux langues officielles en milieu de travail;

4. s'assurer que la formation du personnel en régions bilingues au Québec soit offerte dès maintenant dans la langue officielle des employés; et

5. mettre en place, d'ici le 30 juin 1994, les mesures correctives que prévoyait, en juillet 1993, la Directrice régionale, services des ressources humaines, concernant les services centraux au bureau de Québec.

9 The original performance review was prepared by a Mrs. Dubé (the unit head responsible for supervising the applicant) who found that the applicant did not meet the minimum requirements (at a 65% testing level) to be placed on a recall list for another term. A Mrs. Lavoie conducted the re-evaluation of the applicant's qualifications pursuant to the recommendation of the COL. As *per* Mrs. Lavoie's affidavit, she found that the applicant, even when considering that he was placed at a disadvantage as *per* the COL report, still did not meet the minimum

L'examen original d'appréciation du rendement a été préparé par M^{me} Dubé (le chef d'unité responsable de la supervision du requérant), qui a conclu que ce dernier ne répondait pas aux exigences minimales (un niveau d'examen de 65 %) lui permettant de figurer sur une liste de rappel pour une autre période. Une certaine M^{me} Lavoie a procédé à une nouvelle appréciation des compétences du requérant conformément à la recommandation du CLO. Selon l'affidavit de M^{me} Lavoie, elle a conclu que le requérant, même en tenant compte du fait qu'il était placé

8

9

requirements to be placed on a rehire list.

- 10 On August 23, 1994, the applicant filed this originating notice of motion pursuant to section 77 of the Act.

ISSUE

- 11 As the respondent HRD has admitted to infringements under Part V of the Act, the only remaining issue is the appropriate remedy to be granted by this Court.

ANALYSIS

- 12 Given the admission by the respondent HRD that the language of work rights of the applicant, as guaranteed under Part V of the Act, have been infringed, the applicant is seeking, pursuant to subsections 77(1) and (4) of the Act, the following remedies:

1. an order compelling HRD to provide the applicant and COL with the results of the review of the applicant's file including the reasons for the decision that was made concerning the failure, in 1993, to renew the applicant's employment, as recommended by the COL in his report;

2. damages in the following amounts:

- \$50,000 in exemplary damages arising from the discriminatory conduct of HRD
 - \$39,393,648 for loss of salary
 - \$4,924,152 for lost benefits (holidays/sick leave)
 - \$25,000 for physical and mental anguish and the loss of the "enjoyment of life", including all medical expenses
- Total: \$119,317.80

3. an order requiring HRD to reinstate the applicant in the federal Public Service;

dans une situation désavantageuse selon le rapport du CLO, ne répondait tout de même pas aux exigences minimales nécessaires pour figurer sur une liste de réembauchage.

- Le 23 août 1994, le requérant a déposé son avis de requête introductive d'instance conformément à l'article 77 de la Loi. 10

LA QUESTION LITIGIEUSE

- Comme l'intimé DRH a admis avoir enfreint la partie V de la Loi, la seule question restante est la réparation appropriée que doit accorder la Cour. 11

ANALYSE

- Étant donné que l'intimé DRH a admis qu'il y avait eu infraction aux droits du requérant en matière de langue de travail, lesquels sont garantis par la partie V de la Loi, le requérant recherche les réparations suivantes conformément aux paragraphes 77(1) et (4) de la Loi: 12

1. une ordonnance contraignant le DRH à fournir au requérant et au CLO les résultats de l'examen du dossier du requérant, y compris les motifs de la décision prise à l'égard de son défaut, en 1993, de réembaucher le requérant, tel que le recommandait le CLO dans son rapport;

2. des dommages-intérêts s'élevant aux montants suivants:

- 50 000 \$ de dommages-intérêts exemplaires en raison de la conduite discriminatoire du DRH
 - 39 393,648 \$ pour perte de salaire
 - 4 924,152 \$ pour avantages perdus (congés/congés de maladie)
 - 25 000 \$ pour angoisse physique et morale et la perte de la [TRADUCTION] «jouissance de la vie», y compris tous les frais médicaux
- Au total: 119 317,80 \$

3. une ordonnance imposant au DRH de rétablir le requérant dans la fonction publique fédérale;

4. an order declaring that the employment record of the applicant while at HRD be subject to verification and rectification where needed;

5. an unqualified letter of reference;

6. an order that HRD provide a letter of apology to the applicant, to be posted throughout all HRD facilities; and

7. an order for costs.

4. une ordonnance déclarant que les antécédents professionnels du requérant lorsqu'il était au DRH doivent être vérifiés et rectifiés si nécessaire;

5. une lettre de recommandation sans réserves;

6. une ordonnance enjoignant au DRH de donner au requérant une lettre d'excuse, laquelle sera affichée dans toutes les installations du DRH;

7. l'adjudication des dépens.

13 For its part, the respondent HRD submits that the Court should declare that, in consideration of all the circumstances, the applicant has already been granted an appropriate and just remedy for the said infringements.

Pour sa part, l'intimé DRH soutient que la Cour devrait déclarer que compte tenu de toutes les circonstances, le requérant a déjà reçu une réparation juste et appropriée pour les infractions alléguées. 13

14 Thus, as the foregoing discussion indicates, the respondent HRD has already acknowledged that it infringed the Act. In addition, the respondent HRD has agreed to implement the recommendations of the COL report. I am satisfied, on the facts in this case, that the re-evaluation which was recommended by the COL report and which was undertaken by HRD was reasonably and adequately performed by Mrs. Lavoie. Although the applicant would have preferred not to be compared to his Francophone colleagues, Mrs. Lavoie's evidence is that, in accordance with the recommendations in the COL report, she reviewed the applicant's performance evaluation, "taking into account the fact that the complainant was placed at a disadvantage in demonstrating his knowledge and abilities". Considering paragraphs 37 to 50 of Mrs. Lavoie's affidavit, I am satisfied that Mrs. Lavoie conducted her review pursuant to the guidelines set out in the COL report and that she assessed the applicant in a fair manner. I note, however, that while Mrs. Lavoie's re-evaluation constitutes a very significant and objective measure of justice in the circumstances, this Court is not limited to any of the recommendations in the COL report. Subsection 77(4) of the Act very clearly gives this Court a broad discretion to grant any appropriate remedy. In order to determine what remedy would be appropriate in the circumstances of this case, I propose to consider each of the specific remedies requested by the applicant.

Ainsi, comme l'indique la discussion précédente, l'intimé DRH a déjà reconnu avoir enfreint la Loi. De plus, l'intimé DRH a convenu d'appliquer les recommandations du rapport du CLO. Je suis convaincu, d'après les faits, que la nouvelle appréciation recommandée par le rapport du CLO et réalisée par le DRH a été faite raisonnablement et de façon adéquate par M^{me} Lavoie. Bien que le requérant aurait préféré ne pas être comparé à ses collègues francophones, selon le témoignage de M^{me} Lavoie, elle a revu l'appréciation du rendement du requérant, selon les recommandations du rapport du CLO, «en tenant compte du fait que le plaignant a été placé dans une situation défavorable pour faire valoir ses connaissances et ses capacités». Vu les paragraphes 37 à 50 de l'affidavit de M^{me} Lavoie, je suis persuadé qu'elle a procédé à l'examen conformément aux lignes directrices du rapport du CLO et qu'elle a apprécié le requérant de façon équitable. Je note cependant que même si la nouvelle appréciation de M^{me} Lavoie constitue un redressement objectif et très important dans les circonstances, la Cour n'a pas à s'en tenir aux recommandations du rapport du CLO. Le paragraphe 77(4) de la Loi donne clairement à la Cour un grand pouvoir discrétionnaire lorsqu'il s'agit d'accorder une réparation appropriée. Afin de déterminer laquelle conviendrait dans les circonstances de l'espèce, je propose de considérer chacune des réparations particulières demandées par le requérant. 14

- 15 I note that, with respect to the first remedy requested by the applicant, the latter indicated during the hearing before me that the respondent has complied with his request to have the results of the review of his file communicated to him.
- 16 As to those remedies that remain in issue, I find that there is no serious evidence to support three of the orders sought by the applicant against the respondent HRD. In my view, the evidence does not support either the applicant's request for an order requiring HRD to reinstate him to the Federal Public Service, nor the applicant's request for an order declaring that his employment record while at HRD be subject to verification and rectification where needed. Furthermore, the evidence does not support the applicant's request for an unqualified letter of reference. I base my first finding on the fact that the applicant has not, to my mind, established any causal link between the non-compliance by the respondent HRD with Part V of the Act and the fact that he was not rehired when his term contract ended on March 31, 1993. On the second finding, I remark simply that the applicant has not satisfied me that his employment record needs to be rectified. Finally, the respondent HRD has already sent the applicant a letter confirming his employment at Health and Welfare Canada from August 27, 1992 to March 31, 1993. For these reasons, and taking into account the results of the applicant's performance re-evaluation given by Mrs. Lavoie, all three of the above-mentioned orders sought by the applicant would be inappropriate remedies in this case.
- 17 As to the question of damages, I would like to deal first with the respondent's submission that no damages ought to be awarded because this proceeding was brought by notice of motion. The respondent contends that, in view of the traditional reluctance of Courts to grant damages as a remedy when the proceedings have been instituted by way of notice of motion, it follows that section 77 of the Act gives no right to claim damages. Counsel for the respondents referred to *Lussier v. Collin*, a decision of the Federal Court of Appeal, in support of
- Je note qu'en ce qui concerne la première réparation réclamée par le requérant, celui-ci a indiqué au cours de l'audition devant moi que l'intimé s'était conformé à sa demande de communication des résultats de l'examen de son dossier.
- Quant aux réparations qui demeurent en litige, je conclus qu'il n'y a aucune preuve sérieuse à l'appui de trois des ordonnances recherchées par le requérant contre l'intimé DRH. À mon sens, la preuve n'appuie pas non plus la demande du requérant en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant au DRH de le réintégrer dans la fonction publique fédérale, ni la demande du requérant visant à obtenir une ordonnance déclarant que ses antécédents professionnels lorsqu'il était au DRS doivent être vérifiés et rectifiés si nécessaire. En outre, la preuve n'étaye pas la demande du requérant visant à obtenir une lettre de recommandation sans réserves. Je fonde ma première conclusion sur le fait que le requérant n'a pas, à mon avis, établi un lien causal entre le non-respect, par l'intimé DRH, de la partie V de la Loi et le fait qu'il n'a pas été réembauché lorsque son contrat pour une période déterminée a pris fin le 31 mars 1993. Quant à la seconde conclusion, je me contente de remarquer que le requérant ne m'a pas convaincu que ses antécédents professionnels avaient besoin d'être rectifiés. Finalement l'intimé DRH a déjà adressé une lettre au requérant confirmant son embauchage par SBES du 27 août 1992 au 31 mars 1993. Par ces motifs, et compte tenu du résultat du nouvel examen du rendement du requérant communiqué par M^{me} Lavoie, les trois ordonnances susmentionnées que recherche le requérant seraient des réparations inappropriées en l'espèce.
- Pour ce qui est des dommages-intérêts, j'aimerais tout d'abord traiter de la première observation de l'intimé selon laquelle il n'y a pas lieu d'accorder des dommages-intérêts parce que cette procédure a été introduite par voie d'avis de requête. L'intimé prétend que vu la répugnance traditionnelle des tribunaux à accorder des dommages-intérêts lorsque les procédures ont été engagées par voie d'avis de requête, il s'ensuit que l'article 77 de la Loi ne donne aucun droit d'en réclamer. Les avocats des intimés ont renvoyé à l'arrêt *Lussier c. Collin*, une

the proposition that “Even if it is presumed that section 24 of the Charter gives a right to claim damages, it certainly does not permit the rules of procedure prescribing how such claims must be made to be ignored.”² In that decision, Hugessen J.A., for his part, indicated that he agreed with his brother judges, and expressed the view [at page 126] that with respect to an application for an order to pay damages “The rules of procedure do not allow such an order to be made on a mere motion; to maintain the contrary would seriously prejudice the right of the defendant to raise all his defences.” In my view, that case can be distinguished from the present one in that 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]] gives no indication as to the manner in which a claim for a remedy under section 24 ought to be heard and determined. The *Official Languages Act*, by contrast, includes section 80 which states:

80. An application made under section 77 shall be heard and determined in a summary manner in accordance with any special rules made in respect of such applications pursuant to section 46 of the *Federal Court Act*.

18 Thus, the legislator has specified that the application under section 77 of the Act brought by the applicant shall be heard and determined in a summary manner in accordance with any special rules made in respect of such applications pursuant to section 46 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 14; 1992, c. 1, s. 68)]. No such rules have been adopted. The applicant has respected Part X of the Act by proceeding by way of application rather than by way of action. In the absence of any special rules adopted under section 46 of the *Federal Court Act*, the procedure established under Part X of the Act ought to be respected and given full effect in the expedient fashion provided for by the legislator. Accordingly, Rule 400 of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663], which was invoked by counsel for the respon-

décision de la Cour d’appel fédérale, à l’appui de la proposition selon laquelle «même si on suppose que l’article 24 de la Charte donne le droit de réclamer des dommages-intérêts, il n’autorise certainement pas à ignorer les règles de procédure qui prescrivent comment de pareilles réclamations doivent être faites².» Dans cette décision, le juge Hugessen, J.C.A., pour sa part, a indiqué [à la page 126] qu’il était d’accord avec ses collègues, et il s’est montré d’avis qu’en ce qui concerne une demande d’ordonnance visant le paiement de dommages-intérêts «Les règles de procédure ne permettent pas qu’une telle condamnation puisse être prononcée sur simple requête; prétendre le contraire porterait gravement atteinte aux droits du défendeur de faire valoir tous ses moyens de défense.» À mon sens, cette affaire peut se distinguer de la présente du fait que la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] n’indique nullement de quelle façon la demande de réparation visée à l’article 24 devrait être instruite et décidée. La *Loi sur les langues officielles*, par contre, contient l’article 80 libellé comme suit:

80. Le recours est entendu et jugé en procédure sommaire, conformément aux règles de pratique spéciales adoptées à cet égard en vertu de l’article 46 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

18 Ainsi, le législateur a précisé que la demande prévue à l’article 77 est entendue et jugée en procédure sommaire, conformément aux règles de pratique spéciales adoptées à cet égard en vertu de l’article 46 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 14; 1992, ch. 1, art. 68)]. Aucune règle de ce genre n’a été adoptée. Le requérant s’est conformé à la partie X de la Loi en agissant par voie de demande plutôt que par voie d’action. En l’absence de règles spéciales adoptées en application de l’article 46 de la *Loi sur la Cour fédérale*, la procédure établie en vertu de la partie X de la Loi devrait être respectée et recevoir plein effet de la façon pratique prévue par le législateur. Conséquemment, la Règle 400 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663], invoquée par les avocats des intimés, n’est pas enfreinte et, en tout

dents, is not infringed and in any event cannot be used to defeat the legislator's intent. As stated in subsection 2(2) of the Rules, the *Federal Court Rules* "are intended to render effective the substantive law and to ensure that it is carried out; and they are to be so interpreted and applied as to facilitate rather than to delay or to end prematurely the normal advancement of cases". In addition, Rule 302 dictates that "no proceeding in the Court shall be defeated by any merely formal objection". Furthermore, considering the proceedings herein, the documentary evidence, and the arguments made on behalf of all the parties with respect to the applicant's claim for damages, and taking into account that the respondents have not shown nor even complained of any prejudice resulting from the procedure used by the applicant, I conclude that the right of the respondents to raise all their possible defences with respect to the applicant's claim for damages has not been prejudiced at all.

19 I also agree with the intervenor's submission that the interpretation suggested by the respondents, which would disallow damages, is restrictive and incompatible with the interpretation of the nature and purposes of the Act that was given by the Federal Court of Appeal in *Canada (Attorney General) v. Viola*.³

The 1988 *Official Languages Act* is not an ordinary statute. It reflects both the Constitution of the country and the social and political compromise out of which it arose. To the extent that it is the exact reflection of the recognition of the official languages contained in subsections 16(1) and (3) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, it follows the rules of interpretation of that Charter as they have been defined by the Supreme Court of Canada. (*R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Therens et al.*, [1985] 1 S.C.R. 613; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486.) To the extent also that it is an extension of the rights and guarantees recognized in the Charter, and by virtue of its preamble, its purpose as defined in section 2 and its taking precedence over other statutes in accordance with subsection 82(1), it belongs to that privileged category of quasi-constitutional legislation which reflects "certain basic goals of our society" and must be so interpreted "as to advance the broad policy considerations underlying it". (*Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84, at pp. 89-90. See also: *Ontario Human Rights Com-*

état de cause, ne peut être utilisée pour contourner l'intention du législateur. Comme le dit le paragraphe 2(2) des Règles, les *Règles de la Cour fédérale* «visent à faire apparaître le droit et en assurer la sanction; elles doivent s'interpréter les unes par les autres et autant que possible faciliter la marche normale des procès plutôt que de la retarder ou y mettre fin prématurément». De plus, la Règle 302 dicte qu'«aucune procédure devant la Cour ne sera annulée pour simple objection de forme». En outre, compte tenu des procédures en l'espèce, de la preuve documentaire et des moyens avancés pour le compte de toutes les parties à l'égard de la demande de dommages-intérêts du requérant, et attendu que les intimés n'ont pas démontré ni même ne se sont plaints qu'un préjudice leur avait été causé par la procédure employée par le requérant, je conclus que le droit des intimés d'opposer toutes les défenses possibles à la demande de dommages-intérêts du requérant n'a aucunement été atteint.

Je suis aussi d'accord avec l'observation de l'intervenant selon laquelle l'interprétation proposée par les intimés, qui nie le droit aux dommages-intérêts, est restrictive et incompatible avec l'interprétation de la nature et des fins de la Loi que la Cour d'appel fédérale a donnée dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Viola*³:

La *Loi sur les langues officielles* de 1988 n'est pas une loi ordinaire. Elle reflète à la fois la Constitution du pays et le compromis social et politique dont il est issu. Dans la mesure où elle est l'expression exacte de la reconnaissance des langues officielles inscrite aux paragraphes 16(1) et 16(3) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, elle obéira aux règles d'interprétation de cette Charte telles qu'elles ont été définies par la Cour suprême du Canada (*R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Therens et autres*, [1985] 1 R.C.S. 613; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486.) Dans la mesure, par ailleurs, où elle constitue un prolongement des droits et garanties reconnus dans la Charte, et de par son préambule, de par son objet défini en son article 2, de par sa primauté sur les autres lois établies en son paragraphe 82(1), elle fait partie de cette catégorie privilégiée de lois dites quasi-constitutionnelles qui expriment «certains objectifs fondamentaux de notre société», et qui doivent être interprétées «de manière à promouvoir les considérations de politique générale qui (les) sous-tendent» (*Robichaud c. Canada (Conseil du*

mission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al., [1985] 2 S.C.R. 536, at p. 547; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114, at p. 1134; *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226, at p. 236; *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 224; *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton et al.*, [1985] 2 S.C.R. 150, at p. 156; *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink et al.*, [1982] 2 S.C.R. 145, at pp. 157-158.) To the extent, finally, that it is legislation regarding language rights, which have assumed the position of fundamental rights in Canada but are nonetheless the result of a delicate social and political compromise, it requires the courts to exercise caution and to "pause before they decide to act as instruments of change", as Beetz J. observed in *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. et al. v. Association of Parents for Fairness in Education et al.* ([1986] 1 S.C.R. 549, at p. 578.):

... legal rights as well as language rights belong to the category of fundamental rights,

...

Unlike language rights which are based on political compromise, legal rights tend to be seminal in nature because they are rooted in principle.

...

This essential difference between the two types of rights dictates a distinct judicial approach with respect to each. More particularly, the courts should pause before they decide to act as instruments of change with respect to language rights.

20 Subsection 77(4) of the Act is a restatement of subsection 24(1) of the Charter which allows anyone whose rights or freedoms under the Charter have been infringed or denied to apply to a court of competent jurisdiction to "obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances". Just as subsection 24(1) of the Charter gives the Court a broad discretion to grant a remedy for a Charter violation, subsection 77(4) of the Act gives the Court an equally broad discretion to grant a remedy for a violation of the language rights protected under it. At the time of the adoption of the 1988 *Official Languages Act*, the Supreme Court of Canada, in *Mills v. The Queen*,⁴ had already established that damages were a possible remedy under

Trésor), [1987] 2 R.C.S. 84, aux p. 89 et 90. Voir également: *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536, à la p. 547; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, à la p. 1134; *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226, à la p. 236; *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la p. 224; *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton et autre*, [1985] 2 R.C.S. 150, à la p. 156; *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink et autre*, [1982] 2 R.C.S. 145, aux p. 157 et 158.) Dans la mesure, enfin, où elle constitue une loi relative à des droits linguistiques qui, au Canada, ont pris valeur de droits fondamentaux mais n'en demeurent pas moins le fruit d'un compromis social et politique fragile, elle invite les tribunaux à faire preuve de prudence, et à «hésiter à servir d'instruments de changement» ainsi que le rappelait le juge Beetz dans *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. et autre c. Association of Parents for Fairness in Education et autres* ([1986] 1 R.C.S. 549, à la page 578.):

... les garanties juridiques ainsi que les droits linguistiques relèvent de la catégorie des droits fondamentaux.

...

À la différence des droits linguistiques qui sont fondés sur un compromis politique, les garanties juridiques tendent à être de nature plus féconde parce qu'elles se fondent sur des principes.

...

Cette différence essentielle entre les deux types de droits impose aux tribunaux une façon distincte d'aborder chacun. Plus particulièrement, les tribunaux devraient hésiter à servir d'instruments de changement dans le domaine des droits linguistiques.

Le paragraphe 77(4) de la Loi est la reprise du 20 paragraphe 24(1) de la Charte qui permet à quiconque dont les droits ou les libertés garantis par la Charte ont été violés ou niés de s'adresser à un tribunal compétent pour «obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances». Tout comme le paragraphe 24(1) de la Charte donne à la Cour un large pouvoir discrétionnaire d'accorder la réparation d'une violation de la Charte, le paragraphe 77(4) de la Loi donne à la Cour le pouvoir discrétionnaire également étendu d'accorder une réparation à l'égard de la violation des droits linguistiques que la Loi protège. À l'époque de l'adoption de la *Loi sur les langues officielles* de 1988, la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt

subsection 24(1) of the Charter. Later, in *R. v. Gamble*,⁵ the Supreme Court of Canada confirmed that remedies under subsection 24(1) of the Charter should be given a broad and purposive interpretation, and that “distinctions which have become uncertain, technical, artificial and, most importantly, non-purposive should be rejected”. In that context, given the importance of damages in the judicial system, I share the intervenor’s view that restricting the type of remedy so as to exclude damages would be incompatible with the plain meaning of subsection 77(4) of the Act. Had the legislator intended to limit the Court’s powers under that specific provision to grant a remedy so as to exclude damages, it would have stated so explicitly.

*Mills c. La Reine*⁴, avait déjà établi que les dommages-intérêts étaient une réparation possible en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte. Plus tard, dans l’arrêt *R. c. Gamble*⁵, la Cour suprême du Canada a confirmé que les réparations prévues au paragraphe 24(1) de la Charte devraient recevoir une interprétation large et fondée sur l’objet visé, et que les «distinctions devenues obscures, formalistes, artificielles et qui plus est ne tiennent aucun compte de l’objet visé, devraient être rejetées». Dans ce contexte, vu l’importance des dommages-intérêts dans le système judiciaire, je partage l’avis de l’intervenant selon lequel restreindre le genre de réparations accordées de façon à exclure les dommages-intérêts serait incompatible avec le sens évident du paragraphe 77(4) de la Loi. Si le législateur avait voulu restreindre les pouvoirs que cette disposition particulière confère à la Cour d’accorder une réparation de façon à exclure les dommages-intérêts, il l’aurait dit explicitement.

21 In interpreting subsection 77(4), one must also keep in mind the purpose of the Act, as set out in paragraph 2(a), which is to accomplish the following objective relating to the language of work in federal institutions:

2. . . .

(a) ensure respect for English and French as the official languages of Canada and ensure equality of status and equal rights and privileges as to their use in all federal institutions, in particular with respect to their use in parliamentary proceedings, in legislative and other instruments, in the administration of justice, in communicating with or providing services to the public and in carrying out the work of federal institutions;

22 Thus, a purposive analysis also leads to a broad and liberal interpretation of subsection 77(4) which would allow the Court the discretion to order damages as a remedy under Part X of the Act (see *Clarke v. Clarke*, [1990] 2 S.C.R. 795, at pages 806-807, per Wilson J.).

23 Furthermore, the choice of the appropriate remedy under subsection 77(4) must fall entirely within the discretionary power of the Court. In *Mills*, supra, at

En interprétant le paragraphe 77(4), il faut garder à l’esprit l’objet de la Loi, exposé à l’alinéa 2a), qui consiste à atteindre l’objectif suivant en ce qui concerne la langue de travail dans les institutions fédérales:

2. . . .

a) d’assurer le respect du français et de l’anglais à titre de langues officielles du Canada, leur égalité de statut et l’égalité de droits et privilèges quant à leur usage dans les institutions fédérales, notamment en ce qui touche les débats et travaux du Parlement, les actes législatifs et autres, l’administration de la justice, les communications avec le public et la prestation des services, ainsi que la mise en œuvre des objectifs de ces institutions;

Ainsi, une analyse fonctionnelle mène aussi à une interprétation large et libérale du paragraphe 77(4) qui donnerait à la Cour le pouvoir discrétionnaire d’adjuger des dommages-intérêts en guise de réparation en vertu de la partie X de la Loi (voir l’arrêt *Clarke c. Clarke*, [1990] 2 R.C.S. 795, aux pages 806 et 807, les motifs du juge Wilson).

De plus, le choix de la réparation appropriée prévue au paragraphe 77(4) doit relever entièrement du pouvoir discrétionnaire de la Cour. Dans l’arrêt

page 965, the Supreme Court of Canada commented upon the extent of this discretion in the context of section 24 of the Charter:

What remedies are available when an application under s. 24(1) of the *Charter* succeeds? Section 24(1) again is silent on the question. It merely provides that the appellant may obtain such remedy as the court considers “appropriate and just in the circumstances”. It is difficult to imagine language which could give the court a wider and less fettered discretion. It is impossible to reduce this wide discretion to some sort of binding formula for general application in all cases, and it is not for appellate courts to pre-empt or cut down this wide discretion.

Mills, précité, aux pages 965 et 966, la Cour suprême du Canada a fait des commentaires sur l’étendue de ce pouvoir discrétionnaire dans le contexte de l’article 24 de la Charte:

Quelle réparation peut-on obtenir lorsqu’il est fait droit à une demande fondée sur le par. 24(1) de la *Charte* ? Là encore le par. 24(1) n’apporte pas de réponse. Il ne fait que prévoir que l’appelant peut obtenir la réparation que le tribunal estime «convenable et juste eu égard aux circonstances». Il est difficile de concevoir comment on pourrait donner au tribunal un pouvoir discrétionnaire plus large et plus absolu. Ce large pouvoir discrétionnaire n’est tout simplement pas réductible à une espèce de formule obligatoire d’application générale à tous les cas, et les tribunaux d’appel ne sont nullement autorisés à s’approprier ce large pouvoir discrétionnaire ni à en restreindre la portée.

24 In my view, the interpretation proposed by the respondents would interfere with the proper exercise of judicial discretion.

À mon avis, l’interprétation proposée par les intimés nuirait au bon exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire. 24

25 Finally, the 1988 *Official Languages Act* is a statute designed to create practical and effective legal rights and obligations. To accomplish this objective, and to ensure that the Act is indeed an effective instrument for the protection of the language rights of Canadians, damages must be included among the realm of remedies available to the Court under subsection 77(4). The ability of the Court to award damages is, in my view, essential to the enforcement of guaranteed quasi-constitutional rights.

Finalement, la *Loi sur les langues officielles* de 1988 est une loi destinée à créer des droits et des obligations efficaces et pratiques. Pour atteindre cet objectif, et pour s’assurer que la Loi sert efficacement à protéger les droits linguistiques des Canadiens, les dommages-intérêts doivent faire partie de la panoplie des réparations que peut accorder la Cour conformément au paragraphe 77(4). J’estime la possibilité pour la Cour d’adjuger des dommages-intérêts essentielle à la mise en vigueur des droits quasi-constitutionnels garantis. 25

26 Consequently, I must now deal with the applicant’s claim for damages. Having determined above that the applicant has not established any causal link between the non-compliance by HRD with Part V of the Act and the fact that he was not rehired when his term contract ended on March 31, 1993, the applicant is not entitled to any compensation for loss of salary and benefits.

Conséquemment, je dois maintenant traiter de la demande de dommages-intérêts du requérant. Comme j’ai déjà décidé que le requérant n’a établi aucun lien causal entre la non-observation, par le DRH, de la partie V de la Loi et le fait qu’il n’a pas été réembauché lorsque son contrat pour une période déterminée a pris fin le 31 mars 1993, le requérant n’a droit à aucune compensation pour perte de salaire et d’avantages. 26

27 With respect to the applicant’s claim for damages for physical and mental anguish and loss of “enjoyment of life”, including all medical expenses, the causal link between HRD’s infringement of the language rights of the applicant and the medical

En ce qui concerne la demande de dommages-intérêts pour l’angoisse physique et mentale du requérant subie et la perte de la [TRADUCTION] «jouissance de la vie», y compris tous les frais médicaux engagés, le lien causal entre d’une 27

evidence, which is limited to Dr. Dalton's letter dated January 25, 1996 and medical expenses (medication) in the amount of \$139.51, is not satisfactorily established. However, HRD's infringement led the applicant to file numerous complaints with the COL. These legitimate attempts by the applicant to protect his language rights caused him significant inconvenience and loss of enjoyment of life, which must be compensated for by an award of damages in the amount of three thousand dollars (\$3,000), with interest from the date of the order in this matter.

28 With respect to the claim for exemplary damages, the applicant has not established that HRD's conduct was of a harsh, vindictive, reprehensible or malicious nature. The Supreme Court of Canada stated the following in regard to exemplary or punitive damages, in *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia*:⁶

Moreover, punitive damages may only be awarded in respect of conduct which is of such nature as to be deserving of punishment because of its harsh, vindictive, reprehensible and malicious nature. I do not suggest that I have exhausted the adjectives which could describe the conduct capable of characterizing a punitive award, but in any case where such an award is made the conduct must be extreme in its nature and such that by any reasonable standard it is deserving of full condemnation and punishment.

29 In the case at bar, concerning complaints 1950-92-H2 and 0357-93-H2 (HRD's requirement to have the applicant's written reports relating to Francophone clients sent in French to the clerk-analysts of the Québec office), the respondents recognize that the applicant should have had the right to write all the reports he sent to the clerk-analysts of the Québec office in English. However, it would appear that at the time the applicant was required to write the said reports in French, HRD honestly believed that, pursuant to parts IV and V of the Act and the Treasury Board policies, those reports had to be written in French. After discussions between the HRD and the COL, the

part, la violation, par le DRH, des droits linguistiques du requérant et d'autre part, la preuve médicale, qui se limite à la lettre du D' Dalton en date du 25 janvier 1996 et aux frais médicaux (remèdes) qui s'élevaient à 139,51 \$, n'a pas été établi de façon satisfaisante. Toutefois, la violation par le DRH a incité le requérant à déposer de nombreuses plaintes auprès du CLO. Ces efforts légitimes du requérant de protéger ses droits linguistiques lui ont causé une gêne considérable et la perte de la jouissance de la vie, qui doivent se compenser par des dommages-intérêts s'élevant à trois mille dollars (3 000 \$), avec intérêt à compter de la date de l'ordonnance rendue dans cette affaire.

Pour ce qui est de la demande de dommages-intérêts exemplaires le requérant n'a pas établi que le DRH s'était conduit de façon dure, rancunière, répréhensible ni malveillante. La Cour suprême du Canada a déclaré ce qui suit relativement aux dommages-intérêts exemplaires ou punitifs dans l'arrêt *Vorvis c. Insurance Corporation of British Columbia* ⁶:

De plus, il n'est possible d'accorder des dommages-intérêts punitifs qu'à l'égard d'un comportement qui justifie une peine parce qu'il est essentiellement dur, vengeur, répréhensible et malicieux. Je ne prétends pas avoir énuméré tous les qualificatifs aptes à décrire un comportement susceptible de justifier l'attribution de dommages-intérêts punitifs, mais de toute façon, pour que de tels dommages-intérêts soient accordés, il faut que le comportement soit de nature extrême et mérite, selon toute norme raisonnable, d'être condamné et puni.

En l'espèce, pour ce qui est des plaintes 1950-92-H2 et 0357-93-H2 (l'obligation faite au requérant par DRH de rédiger en français les rapports écrits relatifs aux clients francophones qu'il adressait aux commis-analystes du bureau de Québec), les intimés reconnaissent que le requérant aurait dû avoir le droit de rédiger tous les rapports qu'il a adressés aux commis-analystes du bureau de Québec en anglais. Cependant, il semblerait qu'à l'époque où le requérant a été tenu d'écrire les rapports en question en français, le DRH croyait honnêtement que, en application des parties IV et V de la Loi et des politiques du Conseil du Trésor, ces rapports devaient être rédigés en français. À la suite de

- applicant was finally authorized to write his reports in English.
- 30 Concerning complaint 0174-93-H2 (use of the French language by the respondent in two letters sent to the applicant on August 28, 1992 and on September 8, 1992), the respondents recognize that pursuant to subparagraph 36(1)(a)(i) of the Act, the HRD had the duty to make central and personal services available to the applicant in his preferred official language. However, at the time the two letters concerned by the complaint were sent to him, the applicant had not yet chosen the official language in which he preferred to receive that kind of written communication.
- 31 Concerning complaint 0175-93-H2 (job-related training courses), the respondents recognize that the applicant should have had the opportunity to receive all his work-related training and all the work instruments in his preferred official language. However, it seems most of the work instruments were in fact provided to the applicant in his preferred official language.
- 32 In these circumstances, HRD having also agreed to follow the recommendations contained in the COL's report, I cannot find that HRD's conduct was extreme in its nature, nor that by any reasonable standard it is deserving of full condemnation and punishment. Therefore, the applicant is not entitled to any amount of money in exemplary damages arising from the discriminatory conduct of the respondent's employees.
- 33 Finally, considering that the COL concluded that the applicant's language of work complaints were founded, and considering that the respondents have admitted to infringements under Part V of the *Official Languages Act*, I agree with the applicant that HRD owes him a formal apology. In my view, such an apology will advance the purposes of the Act. It will tell every employee of a federal institution that, with respect to language of work and provision of services, HRD is firmly committed, in accordance
- discussions entre le DRH et le CLO, le requérant a finalement été autorisé à rédiger ses rapports en anglais.
- Quant à la plainte 0174-93-H2 (l'usage du français par l'intimé dans deux lettres adressées au requérant le 28 août 1992 et le 8 septembre 1992), les intimés reconnaissent qu'en vertu du sous-alinéa 36(1)a)(i) de la Loi, le DRH était tenu de voir à ce que les services centraux et personnels soient offerts au requérant dans la langue officielle de son choix. Cependant, à l'époque où lui ont été adressées les deux lettres faisant l'objet de la plainte, le requérant n'avait pas encore choisi la langue officielle dans laquelle il préférerait recevoir ce genre de communications écrites.
- En ce qui concerne la plainte 0175-93-H2 (cours de formation reliés au travail), les intimés reconnaissent que le requérant aurait dû avoir la possibilité de recevoir toute la formation reliée à son travail et tous les instruments de travail dans la langue officielle de son choix. Cependant, il semble que la plupart des instruments de travail ont été, de fait, fournis au requérant dans la langue officielle qu'il préfère.
- Dans ces circonstances, le DRH ayant aussi convenu de suivre les recommandations contenues dans le rapport du CLO, je ne puis conclure que la conduite de DRH a été excessive, ni que selon tout critère raisonnable, il mérite une condamnation et une peine pleines et entières. Par conséquent, le requérant n'a droit à aucune somme en guise de dommages-intérêts pour la conduite discriminatoire des employés de l'intimé.
- Finalement, étant donné que le CLO a conclu que les plaintes du requérant à l'égard de sa langue de travail étaient fondées, et vu que les intimés ont admis les infractions à la partie V de la *Loi sur les langues officielles*, je conviens avec le requérant que le DRH lui doit des excuses formelles. J'estime que ces excuses serviront les fins de la Loi. Elles signaleront à chaque employé d'une institution fédérale qu'en ce qui concerne la langue au travail et la fourniture des services, le DRH est fermement déter-

with the Act, to upholding and according equal status to both official languages, as well as to ensuring that every employee has equal rights and privileges, irrespective of their preferred official language. Accordingly, it will be ordered that a formal apology be given in writing to the applicant and that it be posted throughout all HRD facilities.

miné, conformément à la Loi, à maintenir et à accorder un statut égal aux deux langues officielles, aussi bien qu'à voir à ce que chaque employé ait des droits et des privilèges égaux, indépendamment de la langue officielle qu'il préfère. Conséquemment, il sera ordonné que des excuses formelles soient faites par écrit au requérant et qu'elles soient affichées dans toutes les installations de DRH.

34 Upon hearing the parties' submissions on costs, the applicant will be granted costs on a party to party basis.

Après avoir entendu les observations des parties 34 au sujet des frais, le requérant aura droit à ses frais sur la base des frais entre parties.

¹ S.C. 1988, c. 38, assented to July 28, 1988 [now R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31].

² [1985] 1 F.C. 124 (C.A.), at p. 125, *per* Pratte J.A.

³ [1991] 1 F.C. 373 (C.A.), at pp. 386-387, *per* Décary J.A.

⁴ [1986] 1 S.C.R. 863.

⁵ [1988] 2 S.C.R. 595, at p. 640.

⁶ [1989] 1 S.C.R. 1085, at pp. 1107-1108, *per* McIntyre J.

¹ L.C. 1988, ch. 38, sanctionnée le 28 juillet 1988 [maintenant L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31].

² [1985] 1 C.F. 124 (C.A.), à la p. 125, le juge Pratte, J.C.A.

³ [1991] 1 C.F. 373 (C.A.), aux p. 386 et 387, le juge Décary, J.C.A.

⁴ [1986] 1 R.C.S. 863.

⁵ [1988] 2 R.C.S. 595, à la p. 640.

⁶ [1989] 1 R.C.S. 1085, aux p. 1107 et 1108, le juge McIntyre.

T-1849-96

Union of Nova Scotia Indians, a body corporate, Chapel Island Indian Band, Eskasoni Indian Band, Membertou Indian Band, Wagmatcook Indian Band and Whycocomagh Indian Band (*Applicants*)

v.

Attorney General of Canada, representing the Minister of Fisheries and Oceans for Canada and the Minister of the Environment for Canada and USG Canadian Mining Limited, a body corporate carrying on business under the name of Little Narrows Gypsum Company (*Respondents*)

T-2005-96

Union of Nova Scotia Indians, a body corporate, Chapel Island Indian Band, Eskasoni Indian Band, Membertou Indian Band, Wagmatcook Indian Band and Whycocomagh Indian Band (*Applicants*)

v.

Attorney General of Canada, representing the Minister of Fisheries and Oceans and USG Canadian Mining Limited, a body corporate carrying on business under the name of Little Narrows Gypsum Company (*Respondents*)

T-2006-96

Union of Nova Scotia Indians, a body corporate, Chapel Island Indian Band, Eskasoni Indian Band, Membertou Indian Band, Wagmatcook Indian Band and Whycocomagh Indian Band (*Applicants*)

v.

Attorney General of Canada, representing the Minister of the Environment, and USG Canadian Mining Limited, a body corporate carrying on business under the name of Little Narrows Gypsum Company (*Respondents*)

T-1849-96

Union of Nova Scotia Indians, personne morale, Bande indienne de Chapel Island, Bande indienne d'Eskasoni, Bande indienne de Membertou, Bande indienne de Wagmatcook et Bande indienne de Whycocomagh (*requérantes*)

c.

Procureur général du Canada, représentant le ministre des Pêches et des Océans du Canada et le ministre de l'Environnement du Canada et USG Canadian Mining Limited, personne morale faisant affaires sous le nom de Little Narrows Gypsum Company (*intimés*)

T-2005-96

Union of Nova Scotia Indians, personne morale, Bande indienne de Chapel Island, Bande indienne d'Eskasoni, Bande indienne de Membertou, Bande indienne de Wagmatcook et Bande indienne de Whycocomagh (*requérantes*)

c.

Procureur général du Canada, représentant le ministre des Pêches et des Océans du Canada, et USG Canadian Mining Limited, personne morale faisant affaires sous le nom de Little Narrows Gypsum Company (*intimés*)

T-2006-96

Union of Nova Scotia Indians, personne morale, Bande indienne de Chapel Island, Bande indienne d'Eskasoni, Bande indienne de Membertou, Bande indienne de Wagmatcook et Bande indienne de Whycocomagh (*requérantes*)

c.

Procureur général du Canada, représentant le ministre de l'Environnement, et USG Canadian Mining Limited, personne morale faisant affaires sous le nom de Little Narrows Gypsum Company (*intimés*)

INDEXED AS: UNION OF NOVA SCOTIA INDIANS v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T.D.)

Trial Division, MacKay J.—Halifax, October 1 and 2; Ottawa, October 29, 1996.

Administrative law — Judicial review — Applicants questioning decisions on behalf of Ministers to approve screening report denying impact upon environment of dredging sea bottom to deepen channel — Issues related to procedural fairness, assessment process under Canadian Environmental Assessment Act — Failure to consider fiduciary duty to Indians lack of fairness — Doctrine of legitimate expectations not applicable — Impugned decisions administrative, not judicial — Not to be interfered with unless patently unreasonable — Conclusion project be approved subject to monitoring, mitigating measures not patently unreasonable.

Environment — Decisions on behalf of Ministers of Fisheries and Oceans, Environment to approve screening report dredging project not likely to have significant impact upon environment — Whether assessment process met requirements, standard under Canadian Environmental Assessment Act — Responsible authorities taking into account general mitigation measures, conducting careful review — Failing, however, to consider fiduciary duty owed to native people.

Native peoples — Aboriginal right to fish for food — Applicants carrying on oyster, salmon aquaculture on reserve lands — Ministers' officers failing to assess potential adverse effects of dredging project upon use of fishery resources within Bras d'Or Lakes by native people for traditional purposes, food — Failure constituting unfairness in process, error in law.

These were applications for judicial review of decisions, made on behalf of the Minister of Fisheries and Oceans and Minister of the Environment, to accept as satisfactory, subject to mitigation measures, a screening report made under the *Canadian Environmental Assessment Act*. The facts of the case are summarized in the Editor's Note. Two issues were raised in relation to the impugned decisions: 1) procedural fairness and 2) whether the assessment process met the requirements and the standard appli-

RÉPERTORIÉ: UNION OF NOVA SCOTIA INDIANS c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge MacKay—Halifax, 1^{er} et 2 octobre; Ottawa, 29 octobre 1996.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Les requérantes mettaient en doute les décisions prises pour le compte des ministres d'approuver un rapport d'examen préalable niant que des travaux de dragage du fond de la mer destinés à approfondir un chenal avaient un effet sur l'environnement — Les questions soulevées étaient liées à l'équité procédurale et au processus d'évaluation suivi en vertu de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale — Le défaut de prendre en considération l'obligation fiduciaire due aux Indiens constituait un manque d'équité — La doctrine des attentes légitimes ne s'appliquait pas — Les décisions contestées étaient de nature administrative et non judiciaire — Ces décisions ne doivent être modifiées que si elles sont manifestement déraisonnables — La conclusion portant approbation du projet sous réserve de la prise de mesures de surveillance et d'atténuation n'était pas manifestement déraisonnable.

Environnement — Décisions prises pour le compte du ministre des Pêches et des Océans et du ministre de l'Environnement d'approuver un rapport d'examen préalable selon lequel un projet de dragage n'aurait probablement pas d'effet important sur l'environnement — La question était de savoir si le processus d'évaluation suivi satisfaisait aux exigences et à la norme prévues par la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale — Les autorités responsables ont pris en compte des mesures d'atténuation générales et procédé à un examen sérieux — Elles ont toutefois négligé de tenir compte de l'obligation fiduciaire due aux Autochtones.

Peuples autochtones — Droit des Autochtones de pêcher à des fins alimentaires — Les requérantes font l'aquaculture d'huîtres et de saumons sur des terres de réserve — Les représentants des ministres ont négligé d'évaluer les effets négatifs possibles d'un projet de dragage sur l'utilisation, par les Autochtones, des ressources halieutiques des lacs Bras D'Or à des fins traditionnelles, c'est-à-dire alimentaires — Ce défaut constituait un cas d'iniquité procédurale, et une erreur de droit.

Il s'agissait de demandes de contrôle judiciaire relatives à des décisions, rendues pour le compte du ministre des Pêches et des Océans et du ministre de l'Environnement, d'accepter comme satisfaisant, sous réserve de la prise de mesures d'atténuation, un rapport d'examen préalable établi en vertu de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*. Les faits de l'affaire sont résumés dans la note de l'arrêtiste. Deux questions ont été soulevées à l'égard des décisions contestées: 1) l'équité procédurale, et

cable under the Act.

Held, the applications should be allowed.

1) The applicants submitted that it was unfair to change the arrangements and for the Departmental officials to sign off, or accept, the screening report before the meeting arranged for July 16, 1996 with science personnel of the Department of Fisheries and Oceans to discuss their concerns. There is no statutory requirement for consultation in regard to a screening review, except as the responsible authority in its discretion may determine. The consultation process was unsatisfactory for the applicants. Yet, unless there was more than a general sense of unfairness arising from the timing, there was no basis for the Court to intervene to set the decision aside. The Aboriginal interests include, but are not limited to, the right of the Mi'kmaq people to fish for food in the waters of the Bras d'Or Lakes and in the streams discharging into them. Despite brief reference in the screening report's table of potential adverse effects, the actual use of fishery resources within the Bras d'Or Lakes by the Mi'kmaq people for traditional purposes was not addressed or carefully assessed by those acting for the Ministers. It is essential that the responsible authorities under CEAA address directly the matters included in "environmental effects" as defined in subsection 2(1) of the Act.

A further aspect of unfairness in relation to the applicants' special interests as Aboriginal people was said to arise by reason of the fiduciary duty owed to them by the Crown. That duty, which would at least include the duty not to permit unjustified adverse effects upon continuing Aboriginal interests, including the interests in fishing within the Bras d'Or Lakes for food, continued throughout the assessment process and thereafter. There was no reference by the responsible authorities, acting on behalf of the Ministers of Fisheries and Oceans and of Environment, to the fiduciary duty owed by Her Majesty's government to the Mi'kmaq Aboriginal people. Failure to consider that duty and the responsibility it raises constituted a failure by those acting on behalf of the respondent Ministers to act with fairness towards the applicants in the environmental assessment process. It was an error in law to fail to address the Aboriginal interest, and if it be affected, to assess whether that effect was warranted. By their failure to consider the fiduciary duty owed to the applicants, those acting on behalf of the Ministers did breach that duty. Finally, in regard to procedural fairness, the doctrine of legitimate expectations did not apply. There is no statutory or regulatory process or practice that provides for a meeting, either to explore scientific con-

2) la question de savoir si le processus d'évaluation satisfaisait aux exigences et à la norme applicables en vertu de la Loi.

Jugement: les demandes doivent être accueillies.

1) Les requérantes ont fait valoir qu'il était injuste de changer les dispositions prises et que les fonctionnaires du Ministère signent, ou acceptent, le rapport d'examen préalable avant la réunion prévue pour le 16 juillet 1996 avec des scientifiques du ministère des Pêches et des Océans en vue de discuter de leurs préoccupations. Il n'est pas exigé dans la loi de tenir des consultations au sujet d'un examen préalable; par contre, l'autorité responsable peut déterminer dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire qu'une telle mesure s'impose. Les requérantes ont trouvé le processus de consultation insatisfaisant. Toutefois, à moins qu'il y eût un motif autre que le sentiment général d'injustice que suscitait le moment où les faits en question s'étaient produits, la Cour n'avait aucune raison d'intervenir pour annuler la décision. Les droits des Autochtones comprennent, notamment, le droit des Micmacs de pêcher à des fins alimentaires dans les eaux des lacs Bras d'Or et dans les cours d'eau qui s'y déversent. En dépit d'une brève mention, dans le tableau figurant dans le rapport d'examen préalable, des effets négatifs éventuels, les personnes agissant au nom des ministres n'ont pas examiné ou évalué soigneusement l'usage réel que font les Micmacs, à des fins traditionnelles, des ressources halieutiques des lacs Bras d'Or. Il est essentiel que les autorités responsables aux termes de la LCEE analysent directement les questions incluses dans les «effets environnementaux» définis au paragraphe 2(1) de la Loi.

Un autre aspect d'iniquité par rapport aux droits spéciaux des requérantes à titre d'Autochtones découlerait de l'obligation fiduciaire qu'avait l'État envers ces dernières. Cette obligation comporterait au moins le fait de ne pas permettre que s'exercent des effets négatifs injustifiés sur des droits autochtones permanents, qui comprennent celui de pêcher à des fins alimentaires dans les lacs Bras d'Or, et ce, pendant toute la durée du processus d'évaluation et par la suite. Les autorités responsables, agissant pour le compte du ministre des Pêches et des Océans et du ministre de l'Environnement, n'ont pas fait mention de l'obligation fiduciaire qu'avait le gouvernement de Sa Majesté envers les Micmacs. Le fait de ne pas avoir pris en compte cette obligation et la responsabilité qu'elle suscitait constituait une omission de la part de ceux qui agissaient pour le compte des ministres intimés de faire preuve d'équité envers les requérantes dans le cadre du processus d'évaluation environnementale. Il s'agissait d'une erreur de droit que de négliger d'examiner la question du droit autochtone et, s'il y avait un effet sur ce dernier, d'évaluer si l'effet en question était justifié ou non. En négligeant de prendre en compte l'obligation fiduciaire due aux requérantes, les personnes qui agissaient au nom des ministres l'ont bel et bien enfreinte. Enfin, en ce qui concerne

cerns with government scientists or with regional directors general. The decision in question was not typically judicial, rather it was an administrative decision to be made at the discretion of the Ministers concerned.

2) Paragraph 16(1)(d) of the CEEA provides that every screening study of a project shall include consideration of "measures that are technically and economically feasible and that would mitigate any significant adverse environmental effects". Some mitigation measures were referred to, albeit briefly, in the screening report. The Act does not require that all the detail of mitigating measures be resolved and considered before acceptance of the screening report. When the screening report was accepted on July 15, 1996, the responsible authorities knew enough of the mitigating measures and did not fail to follow the procedures implied by the CEEA. They took into account, in approving the screening report, the general mitigation measures they perceived as necessary to deal with the adverse consequences foreseen, and they provided for approval of final detailed plans for mitigating measures before work on the project commenced. Those acting on behalf of the Ministers have conducted a careful review of the project, except that they have not addressed the current use of Bras d'Or Lakes fisheries by the Mi'kmaq people, thus failing to consider the fiduciary responsibility owed to that people. The Ministers' decision under the CEEA is not a scientific decision; it is a decision made in the exercise of judgment that takes into account appropriate scientific, economic, political and social considerations. In judicial review proceedings, the Court must inevitably defer to the statutory decision maker, unless persuaded that the decision is patently unreasonable. So long as there is information on which the decision could be rationally based, the Court will not intervene. Aside from considerations of procedural fairness, the final conclusion that the project be approved subject to monitoring and mitigating measures was not patently unreasonable. Applicants' critique of the scientific review of the LNG study was not persuasive that the ultimate conclusion on behalf of the Ministers should be set aside because the assessment of scientific information about the project was less than careful, as the CEEA requires of the assessment process. However, the decisions to approve the project should be set aside on the basis that the responsible authorities failed to meet requirements under the CEEA to assess potential adverse environmental effects upon the use of fishery resources of the Bras d'Or Lakes by the Mi'kmaq people for traditional purposes.

l'équité procédurale, la doctrine des attentes légitimes ne s'appliquait pas. Aucun processus ou aucune pratique de nature législative ou réglementaire ne prévoit la tenue d'une réunion en vue d'analyser des questions de nature scientifique avec des scientifiques de l'État ou des directeurs généraux régionaux. La décision en question n'était pas typiquement judiciaire; il s'agissait plutôt d'une décision administrative qui devait être prise à la discrétion des ministres concernés.

2) L'alinéa 16(1)d) de la LCEE dispose que toute étude préliminaire d'un projet doit porter notamment sur «les mesures d'atténuation réalisables, sur les plans technique et économique, des effets environnementaux importants». Il a été fait référence, en termes succincts toutefois, à certaines mesures d'atténuation dans le rapport d'examen préalable. La Loi n'exige pas que tous les détails concernant les mesures d'atténuation soient réglés et examinés avant que l'on accepte le rapport d'examen préalable. Quand le rapport d'examen préalable a été accepté le 15 juillet 1996, les autorités responsables en savaient suffisamment sur les mesures d'atténuation et n'ont pas omis de se conformer aux procédures prévues par la LCEE. En approuvant le rapport d'examen préalable, elles ont pris en compte les mesures d'atténuation générales qu'elles estimaient indiquées pour faire face aux conséquences négatives anticipées, et elles ont fait approuver les plans détaillés définitifs concernant les mesures d'atténuation avant que commencent les travaux. Les personnes agissant pour le compte des ministres ont procédé à un examen sérieux du projet, sauf qu'elles n'ont pas examiné l'usage courant que font les Micmacs des ressources halieutiques des lacs Bras d'Or et n'ont donc pas pris en compte la responsabilité fiduciaire envers ce peuple. La décision que prennent les ministres en vertu de la LCEE n'est pas de nature scientifique; il s'agit d'un exercice de jugement qui tient compte de questions scientifiques, économiques, politiques et sociales appropriées. Dans le cadre d'un contrôle judiciaire, la Cour doit forcément s'en remettre au décisionnaire habilité par la Loi, à moins d'être convaincue que la décision est manifestement déraisonnable. Tant qu'il existe des renseignements sur lesquels la décision pouvait être logiquement fondée, la Cour n'interviendra pas. Hormis des questions d'équité procédurale, la conclusion définitive selon laquelle le projet devait être approuvé sous réserve de la prise de mesures de surveillance et d'atténuation n'était pas manifestement déraisonnable. La critique des requérantes à l'égard de l'examen scientifique de l'étude de LNG n'a pas convaincu la Cour qu'il fallait infirmer la conclusion ultime tirée pour le compte des ministres parce que l'évaluation des renseignements scientifiques sur le projet était moins que sérieuse, comme l'exige la LCEE à propos du processus d'évaluation. Cependant, les décisions d'approuver le projet doivent être annulées parce que les autorités responsables ont omis de satisfaire à l'obligation prévue par la LCEE d'évaluer les effets environnementaux négatifs qui pourraient toucher l'usage, par les Micmacs,

des ressources halieutiques des lacs Bras d'Or à des fins traditionnelles.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37, ss. 2(1) "environmental effect", "mitigation", 4(a), 5, 11, 16(1)(a),(d), 20(1)(a).
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City), [1990] 3 S.C.R. 1170; (1990), 75 D.L.R. (4th) 385; [1991] 2 W.W.R. 145; 2 M.P.L.R. (2d) 217; 69 Man. R. (2d) 134; 46 Admin. L.R. 161; 116 N.R. 46; *Alberta Wilderness Assn. v. Express Pipelines Ltd.*, [1996] F.C.J. No. 1016 (C.A.) (QL).

REFERRED TO:

R. v. Denny et al. (1990), 94 N.S.R. (2d) 253; 247 A.P.R. 253; [1990] 2 C.N.L.R. 115 (C.A.); *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; [1990] 4 W.W.R. 410; 46 B.C.L.R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 263; [1990] 3 C.N.L.R. 160; 111 N.R. 241; *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101.

APPLICATIONS for judicial review of decisions, made on behalf of the Minister of Fisheries and Oceans and Minister of the Environment, to approve, subject to mitigation measures, of a screening report made under the *Canadian Environmental Assessment Act*. Applications allowed.

COUNSEL:

Bruce H. Wildsmith for applicants.
John J. Ashley and *Colleen MacKey* for respondent Ministers.
Stephen T. McGrath and *Jennifer MacLellan* for respondent Little Narrows Gypsum Company.

SOLICITORS:

Bruce H. Wildsmith, Barrs Corner, Nova Scotia, for applicants.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37, art. 2(1) «effets environnementaux», «mesures d'atténuation», 4a) (mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 19), 5, 11, 16(1)a),d), 20(1)a).
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].

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville), [1990] 3 R.C.S. 1170; (1990), 75 D.L.R. (4th) 385; [1991] 2 W.W.R. 145; 2 M.P.L.R. (2d) 217; 69 Man. R. (2d) 134; 46 Admin. L.R. 161; 116 N.R. 46; *Alberta Wilderness Assn. c. Express Pipelines Ltd.*, [1996] A.C.F. n° 1016 (C.A.) (QL).

DÉCISIONS CITÉES:

R. v. Denny et al. (1990), 94 N.S.R. (2d) 253; 247 A.P.R. 253; [1990] 2 C.N.L.R. 115 (C.A.); *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; [1990] 4 W.W.R. 410; 46 B.C.L.R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 263; [1990] 3 C.N.L.R. 160; 111 N.R. 241; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101.

DEMANDES de contrôle judiciaire relatives à des décisions, prises pour le compte du ministre des Pêches et des Océans et du ministre de l'Environnement, en vue d'approuver, sous réserve de mesures d'atténuation, un rapport d'examen préalable établi en vertu de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*. Demandes accueillies.

AVOCATS:

Bruce H. Wildsmith pour les requérantes.
John J. Ashley et *Colleen MacKey* pour les ministres intimés.
Stephen T. McGrath et *Jennifer MacLellan* pour l'intimée Little Narrows Gypsum Company.

PROCUREURS:

Bruce H. Wildsmith, Barrs Corner (Nouvelle-Écosse) pour les requérantes.

Deputy Attorney General of Canada for respondent Ministers.

Boyne Clarke, Dartmouth, Nova Scotia, for respondent Little Narrows Gypsum Company.

Le sous-procureur général du Canada pour les ministres intimés.

Boyne Clarke, Dartmouth (Nouvelle-Écosse), pour l'intimée Little Narrows Gypsum Company.

EDITOR'S NOTE

The Executive Editor has made a determination that, as provided for by Federal Court Act, subsection 58(2), these 40 page reasons for order ought to be published in the abridged format. Omitted from the report are the facts of the case, including portions of the reasons under the headings "General Background" and "Events leading to Approval of the Screening Report and the Issuance of Permits and Commencement of Project". His Lordship's discussion of the legal issues is reported in full. The issue of greatest interest was that as to whether there had been a failure to fulfil fiduciary obligations as an aspect of unfairness in the environmental assessment process here followed so that Aboriginal interests (in particular, fishing for food in the Bras d'Or Lakes) had not been adequately addressed.

These were applications for judicial review of decisions, made on behalf of the Minister of Fisheries and Oceans and Minister of the Environment, to approve of a Canadian Environmental Assessment Act screening report that dredging of the navigational entrance to the Bras d'Or Lakes on Cape Breton Island, Nova Scotia was not likely to have a significant impact upon the environment so long as appropriate mitigation measures were undertaken. Little Narrows Gypsum Company operates a mine on the shores of the Bras d'Or Lakes from which it ships its product by ocean-going vessels. Due to draft limitations at Middle Shoal, the company could load ships to not more than 80% capacity. The company has been losing market share and was concerned that, unless it could become more efficient by being able to fully load ships, it

NOTE DE L'ARRÊTISTE

Le directeur général a décidé que, comme le prévoit le paragraphe 58(2) de la Loi sur la Cour fédérale, les présents motifs d'ordonnance, qui s'étendent sur une quarantaine de pages, devraient être publiés sous forme abrégée. Ont été omis les faits de l'affaire, y compris les passages des motifs qui figurent sous les rubriques «Contexte général» et «Faits menant à l'approbation du rapport d'examen préalable et à la délivrance de permis, et début du projet». L'analyse qu'a faite le juge des questions juridiques est exposée dans son intégralité. La question la plus intéressante était celle de savoir s'il y avait eu omission de s'acquitter d'obligations fiduciaires en tant qu'élément d'iniquité dans le processus d'évaluation environnementale suivi en l'espèce, de sorte que les droits des Autochtones (plus particulièrement celui de pêcher à des fins alimentaires dans les lacs Bras d'Or) n'avaient pas été examinés convenablement.

Il s'agissait de demandes de contrôle judiciaire relatives à des décisions, prises pour le compte du ministre des Pêches et des Océans et du ministre de l'Environnement, d'approuver un rapport d'examen préalable établi en vertu de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, rapport selon lequel l'exécution de travaux de dragage au point d'entrée, pour la navigation, aux lacs Bras d'Or, à l'île du Cap Breton (Nouvelle-Écosse), n'aurait vraisemblablement pas d'impact important sur l'environnement dans la mesure où l'on prenait des mesures d'atténuation appropriées. Little Narrows Gypsum Company exploite sur les rives des lacs Bras d'Or une mine d'où elle expédie son produit dans des navires de haute-mer. À cause des limitations de tirant d'eau du haut-fond de Middle Shoal, la société ne pouvait charger les

might have to shut down the mine, resulting in the loss of 100 jobs. That is why the dredging project was necessary.

The applicant Union represents Mi'kmaq Indians who have reserve lands on the shores of the Bras d'Or Lakes where they carry on oyster and salmon aquaculture. In addition, they exercise their Aboriginal right to fish for food in the Lakes and in the streams which empty into them. That right had been confirmed by the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division in *R. v. Denny et al.* (1990), 94 N.S.R. (2d) 253; 247 A.P.R. 253. The mining company had retained consultants and a copy of their study was provided to the Indian Union but its President wrote to the Ministers expressing the serious concerns on the part of the Mi'kmaq communities as to the potential impact of the project upon their resources. The Union wanted an independent environmental and socio-economic impact study. DIAND gave the Union a grant to fund such a study. DIAND asked Fisheries and Oceans to consult directly with the First Nations whose concerns had to be addressed. It was understood that DFO would meet with the Union. While a meeting was held, it was made clear that a draft of the screening report had already been prepared by Government officials and the only question was how the Indians' concerns would be reflected through mitigation measures. The Union representatives walked out of the meeting but did put forward requests for further meetings and a response to their findings and recommendations. No undertaking was, however, given by the Departmental representatives. DFO did set up a meeting of its scientists with Union representatives for July 16, 1996 but on July 15 the principal Departmental officers signed off the screening report. The report acknowledged the Indians' studies and their concerns regarding siltation, changes to

navires qu'à 80 p. 100 de leur capacité. La part de marché de la société s'amenuisait et celle-ci s'inquiétait du fait qu'à moins de devenir plus efficace en étant capable de charger ses navires à pleine capacité, elle aurait peut-être à fermer la mine, ce qui ferait disparaître une centaine d'emplois. C'est pour cela que le projet de dragage était nécessaire.

La Union, partie requérante représente les Indiens micmacs, qui possèdent des terres de réserve sur les rives des lacs Bras d'Or, où ils élèvent des huîtres et des saumons. De plus, ils exercent le droit dont ils jouissent à titre d'Autochtones de pêcher à des fins alimentaires dans les eaux de ces lacs et dans les cours d'eau qui s'y déversent. Ce droit a été confirmé par la Section d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse dans l'arrêt *R. v. Denny et al.* (1990), 94 N.S.R. (2d) 253; 247 A.P.R. 253. La société minière avait engagé les services d'experts-conseils, et un exemplaire de leur étude avait été remise à la Union; toutefois, dans une lettre adressée aux ministres, le président de cette société avait fait état des graves inquiétudes des collectivités micmaques au sujet de l'impact possible du projet sur leurs ressources. La Union voulait qu'une étude d'impact socio-économique et environnementale indépendante soit menée. Le MAINC a accordé à la Union une subvention pour en financer la réalisation. Il a demandé à Pêches et Océans de consulter directement les Premières nations, dont il fallait régler les préoccupations. Il était entendu que P&O rencontrerait les représentants de la Union. Une réunion a bel et bien eu lieu, mais il a été clairement indiqué que des fonctionnaires avaient déjà rédigé une ébauche du rapport d'examen préliminaire et que la seule question qui se posait était de savoir comment l'on tiendrait compte des préoccupations des Indiens en prenant des mesures d'atténuation. Les représentants de la Union ont quitté précipitamment la réunion mais ont quand même demandé d'autres rencontres et une réponse à leurs conclusions et recommandations. Cependant, les représentants ministériels n'ont pris aucun en-

currents and the release of contaminants caused by dredging. The conclusion was, however, that all the potentially adverse impacts would be insignificant after mitigation. The mining company would have to prepare an environmental protection plan subject to Departmental approval and operations would be monitored by Government with the Union being invited to participate therein. The Indians were not advised until after the conclusion of their July 16 meeting with the Government scientists that the screening report had already been accepted. They were then informed that authorization for the project to proceed would be forthcoming upon publication of notice in the Canada Gazette.

The following are the reasons for order rendered in English by

MAC KAY J:

THE ISSUES

- 1 The applicants raise two basic issues in relation to the decisions here questioned. The first, in essence relates to procedural fairness, expressed by counsel in terms of denial of the level of respect to which the applicants were entitled in the assessment process, especially with respect to the decision made on July 15 to sign off, i.e. to accept, subject to mitigation measures, the screening report when meetings were arranged for the following day to discuss matters with DFO [Department of Fisheries and Oceans] scientists. The issue of procedural fairness is said to have special significance in this case because of the status of the Mi'kmaq, as represented by the applicants, as Aboriginal people, and because of legit-

gagement. P&O a bien fixé une réunion entre des scientifiques du Ministère et des représentants de la Union au 16 juillet 1996, mais la veille, les principaux fonctionnaires ministériels ont donné leur aval au rapport d'examen préliminaire. Ce dernier reconnaissait les études auxquelles les Indiens avaient procédé, de même que leur préoccupations au sujet de l'envasement, des changements de courants et des rejets de contaminants que provoqueraient les travaux de dragage. La conclusion était, toutefois, qu'après la prise de mesures d'atténuation tous les effets éventuellement négatifs seraient négligeables. L'entreprise minière aurait à dresser un plan de protection environnementale soumis à l'autorisation du Ministère; l'État contrôlerait les opérations et la Union serait invitée à participer au processus. Les Indiens n'ont été informés qu'après la conclusion de la réunion du 16 juillet avec les scientifiques du Ministère que le rapport d'examen préalable avait déjà été accepté. C'est à ce moment qu'ils ont été avisés que l'autorisation de donner suite au projet serait donnée après publication d'un avis dans la Gazette du Canada.

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

LE JUGE MAC KAY:

LES QUESTIONS EN LITIGE

- 1 Les requérantes soulèvent deux questions de base au sujet des décisions contestées en l'espèce. La première a trait essentiellement à l'équité procédurale, c'est-à-dire, selon les avocats, le déni du degré de respect auquel avaient droit les requérantes dans le processus d'évaluation, surtout pour ce qui est de la décision, prise le 15 juillet, de signer — d'accepter — sous réserve de la prise de mesures d'atténuation, le rapport d'examen préalable alors que des réunions avaient été organisées pour le lendemain en vue de discuter de certaines questions avec des scientifiques de P&O [ministère des Pêches et des Océans]. La question de l'équité procédurale, est-il dit, revêt une importance spéciale en l'occurrence, à cause de la

imate expectations they had as a result of the conduct of those acting on behalf of the two Ministers principally concerned. The respondents deny any special procedural concern arises because of the status of the Mi'kmaq, but if there were any such concern about their Aboriginal interests, that was met in this case, and the respondents deny that the doctrine of legitimate expectations is applicable to the circumstances in this case.

2 The second basic issue raised is whether the assessment process here followed met the requirements and the standard applicable under the CEEA [*Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37], which, it is urged, requires that mitigation measures be considered in the assessment process, and that the process involve a careful assessment of all relevant scientific evidence related to environmental concerns. The applicants contend those requirements were not met, a contention not accepted by the respondents.

3 The balance of these reasons deals with the two basic issues raised.

PROCEDURAL FAIRNESS

4 The applicants submit that they were not accorded procedural fairness in the process leading to the respondent Ministers' decisions, particularly the joint decision on July 15, 1996, to accept the screening report. The unfairness alleged is said to arise in three respects, which I deal with in turn.

(a) Fairness and the Timing and Sequence of Decisions

5 In the first place, it is urged, in the circumstances here with encouraging responses of the Ministers concerned, with a meeting arranged for July 16 with science personnel of DFO for the UNSI [Union of Nova Scotia Indians] to seek an understanding of

situation des Micmacs, que représentent les requérantes, en tant qu'Autochtones, et à cause des attentes légitimes qu'avaient ces dernières du fait de la conduite des personnes agissant pour le compte des deux ministres principalement concernés. Les intimés nient que la situation des Micmacs suscite une préoccupation spéciale de nature procédurale, mais que, s'il était vrai que leurs droits à titre d'Autochtones soulevaient une préoccupation quelconque de cette nature, elle a été satisfaite en l'espèce, et ils nient aussi que la doctrine des attentes légitimes s'applique aux circonstances de l'espèce.

2 La seconde question de base soulevée est celle de savoir si le processus d'évaluation qui a été suivi dans cette affaire satisfaisait aux exigences et à la norme applicables en vertu de la LCEE [*Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37], qui, est-il avancé, oblige à prendre en compte des mesures d'atténuation dans le cadre de ce processus, et le fait que ce dernier comporte une évaluation sérieuse de toutes les preuves scientifiques pertinentes se rapportant aux préoccupations de nature environnementale. Les requérantes soutiennent que ces exigences n'ont pas été remplies, ce que rejettent les intimés.

3 Le reste des présents motifs porte sur les deux questions de base soulevées.

ÉQUITÉ PROCÉDURALE

4 Les requérantes font valoir qu'elles n'ont pas eu droit au bénéfice de l'équité procédurale dans le processus qui a amené les ministres intimés à prendre leurs décisions, surtout la décision conjointe du 15 juillet 1996, d'accepter le rapport d'examen préalable. L'iniquité alléguée, disent-elles, concerne trois points, que j'analyserai à tour de rôle.

a) Équité, moment et séquence des décisions

5 En premier lieu, est-il dit, dans les circonstances de l'espèce, et compte tenu des réponses encourageantes des ministres concernés, ainsi que du fait qu'une réunion avait été organisée pour le 16 juillet avec des scientifiques de P&O pour que l'UNSI

the scientists' concerns about the project and to seek scientific comment on some issues of concern to the applicants, that it was unfair to change arrangements and sign off, or accept, the screening report before those scheduled discussions were held. Daniel Christmas, for the applicants, avers by his affidavit of September 5, 1996, that:

At the July 16, 1996 meeting, we made specific inquiries about the migration of Atlantic salmon and gaspereau in and out of the Bras d'Or Lakes and the impact dredging in the Middle Shoal would have on them, particularly with respect to the effects of the sedimentation plume on their olfactory cues and sense of smell. No one from DFO or EC had any knowledge or information about salmon and gaspereau and these matters, and an undertaking was made by DFO personnel to provide that information. We have not yet received that information.

6 It seems clear that the UNSI representatives at the July 16 meeting were unsatisfied about science-related issues for which they had not received any information to resolve their concerns. To be informed only after that meeting that the screening report had been signed off the previous day and that the authorizations required under the statutes were expected to be issued, must have come as a surprise. It is not surprising that the decision-making process is perceived as unfair by the applicants, for the UNSI had received funding from DIAND [Department of Indian Affairs and Northern Development] to undertake an independent review with the assistance of consultants, it had received encouraging responses from the Ministers of DFO and of EC [Environment Canada], and general assurances of the importance of UNSI involvement in the assessment process. Yet the decision was made before the meeting, arranged at the UNSI's request, with DFO scientists to discuss the applicants' concerns.

7 Affiants for the Ministers concerned aver that the consultant's report on fish and fish habitat provided

[Union of Nova Scotia Indians] puisse prendre connaissance des préoccupations des scientifiques à propos du projet et obtenir les commentaires de ces derniers sur certaines questions qui les inquiétaient, il était injuste de changer les dispositions qui avaient été prises et de signer, ou d'accepter, le rapport d'examen préalable avant la tenue des discussions prévues. Au nom des requérantes, Daniel Christmas déclare dans son affidavit daté du 5 septembre 1996 que:

[TRADUCTION] À la réunion du 16 juillet 1996, nous avons posé des questions précises au sujet de la migration du saumon de l'Atlantique et du gaspereau dans le secteur des lacs Bras d'Or, ainsi que sur l'impact qu'auraient sur ces poissons les travaux de dragage de Middle Shoal, surtout en ce qui concerne les effets du panache de sédimentation sur leurs signaux olfactifs et leur odorat. Aucun des représentants de P&O ou d'EC n'avait des connaissances ou des informations quelconques au sujet du saumon, du gaspereau et de ces questions, et le personnel de P&O s'était engagé à fournir les renseignements demandés. À ce jour, nous ne les avons pas encore reçus.

6 Il semble évident qu'à la réunion du 16 juillet, les représentants de l'UNSI n'étaient pas satisfaits de certaines questions scientifiques sur lesquelles ils n'avaient reçu aucune information qui aurait permis de dissiper leurs préoccupations. Le fait d'avoir été informés seulement après la réunion que le rapport d'examen préalable avait été approuvé la veille et que l'on s'attendait à délivrer les autorisations requises en vertu des lois applicables a dû les surprendre. Il n'est pas étonnant que les requérantes jugent le processus décisionnel inéquitable, car l'UNSI avait obtenu du MAINC [ministère des Affaires indiennes et du Nord Canada] des fonds pour réaliser une étude indépendante avec l'aide d'experts-conseils, et elle avait reçu une réponse encourageante du ministre de P&O et du ministre d'EC [Environnement Canada], ainsi que des assurances générales à propos de l'importance de la participation de l'UNSI au processus d'évaluation. Toutefois, la décision avait été prise avant qu'ait lieu la réunion, organisée à la demande de l'UNSI, avec des scientifiques de P&O en vue de discuter des points qui préoccupaient les requérantes.

7 Selon les auteurs des affidavits produits pour le compte des ministres concernés, le rapport des

by the applicants, and the latter's findings and recommendations, were considered in the assessment. The document identifying principal concerns, the findings and recommendations, of the UNSI was finally responded to in writing on Friday, July 12. The record reveals that the findings and recommendations were discussed by DFO with LNG [Little Narrows Gypsum Company] representatives in mid-June and towards the end of that month, within DFO, by science staff and officers concerned with preparation of the screening report. It seems odd that, if indeed the applicants' submissions were seriously considered, they were apparently not adequately dealt with, from the perspective of the UNSI representatives, in discussions on July 5, and only later when the UNSI requested written responses to its findings and recommendations, was an effort made to coordinate a reply to those.

experts-conseils que les requérantes ont présenté sur le poisson et l'habitat du poisson, de même que les constatations et recommandations de ces dernières, ont été pris en compte dans l'évaluation. Une réponse écrite a finalement été donnée le vendredi 12 juillet au document exposant les préoccupations principales — les constatations et recommandations — de l'UNSI. Il ressort du dossier que P&O a discuté desdites constatations et recommandations avec des représentants de LNG [Little Narrows Gypsum Company] à la mi-juin, ainsi que vers la fin du mois, au sein de P&O, avec des scientifiques et des agents qui s'occupaient de préparer le rapport d'examen préalable. S'il est vrai que les observations des requérantes ont été analysées sérieusement, il semble curieux qu'il n'en a manifestement pas été question de façon convenable, selon les représentants de l'UNSI, dans les discussions du 5 juillet, et ce n'est que plus tard, quand l'UNSI a demandé que l'on réponde par écrit à ses constatations et recommandations, qu'un effort a été fait pour coordonner une réponse.

8 At the same time, it is noted that there is no statutory requirement for consultation in regard to a screening review, except as the responsible authority in its discretion may determine. Here, there was no express commitment to any particular, specified role or consultation program for UNSI. Moreover, here the record does show that written submissions were made by the applicants, i.e., the reports done for them on fish and fish habitat, on oceanographic concerns, and on the UNSI statement of findings and recommendations. There was some discussion of those with LNG by officers responsible for the assessment process, further discussion with DFO, and reference is made to them in a summary way in the screening report itself. Yet, the consultation process was unsatisfactory for the applicants. Perhaps it is not surprising that counsel for the applicants suggests the process which was followed demonstrated a lack of respect. The timing was most unfortunate for those who ought to have concern for involvement of interested communities in the resolution of competing concerns.

8 En même temps, il est signalé qu'il n'est pas exigé dans la loi de tenir des consultations au sujet d'un examen préalable; par contre, l'autorité responsable peut déterminer dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire qu'une telle mesure s'impose. En l'espèce, aucun engagement exprès n'a été pris à l'égard d'un rôle ou d'un programme de consultation particulier pour l'UNSI. Par ailleurs, sur ce point, le dossier indique bien que les requérantes ont fait des observations écrites, c'est-à-dire les rapports établis pour leur compte sur le poisson et l'habitat du poisson, sur les préoccupations d'ordre océanographique, ainsi que sur l'énoncé des constatations et recommandations de l'UNSI. Il y a eu quelques discussions sur ces questions entre LNG et les agents chargés du processus d'évaluation, d'autres discussions avec P&O, et il y est fait référence sommairement dans le rapport d'examen préalable lui-même. Pourtant, les requérantes ont trouvé le processus de consultation insatisfaisant. Il n'est peut-être pas surprenant que l'avocat des requérantes indique que le processus suivi manifestait un manque de respect. Le moment choisi a été des plus regrettables pour ceux qui devraient se soucier de la participation des

collectivités intéressées au règlement de préoccupations concurrentes.

9 Yet, unless there is some basis other than the general sense of unfairness arising from the timing, there is no basis for the Court to intervene to set the decision aside. The applicants urge there is another basis for a finding of unfairness in the process, that is, in light of the Aboriginal interests of the applicants, and the manner in which those interests were here dealt with in the assessment.

Pourtant, à moins qu'il y ait un motif autre que le sentiment général d'injustice que suscite le moment où les faits en question se sont produits, la Cour n'a aucune raison d'intervenir pour annuler la décision. Les requérantes font valoir qu'il existe une autre raison pour conclure à l'inéquité du processus, c'est-à-dire, compte tenu des droits des requérantes à titre d'Autochtones, la façon dont on a traité de ces droits dans l'évaluation.

(b) Fairness and Aboriginal Interests

b) Équité et droits à titre d'Autochtones

10 These Aboriginal interests include, but are not limited to, the right of the Mi'kmaq people to fish for food in the waters of the Bras d'Or Lakes and in the streams discharging into the Lakes. As earlier noted, that right has been recognized by the Court of Appeal of Nova Scotia in *R. v. Denny et al.* [(1990), 94 N.S.R. (2d) 253]. The exercise of that right in relation to some fish species relied upon apparently depends upon migration of fish, principally through the Great Bras d'Or, where the project [Middle Shoal Channel Improvement Project] has been underway, though for other species with no migratory life, any possible adverse effects of the project within the Lakes would be of importance.

Ces droits à titre d'Autochtones comprennent, notamment, le droit des Micmacs de pêcher à des fins alimentaires dans les eaux des lacs Bras d'Or et dans les cours d'eaux qui s'y déversent. Ainsi qu'il a été mentionné plus tôt, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a reconnu ce droit dans l'arrêt *R. v. Denny et al.* [(1990), 94 N.S.R. (2d) 253]. L'exercice de ce droit par rapport à certaines espèces de poisson invoquées dépend manifestement de la migration du poisson, principalement par le lac Grand Bras d'Or, où se déroule le projet [amélioration du chenal de Middle Shoal], même si, pour d'autres espèces non migratrices, tout effet négatif éventuel du projet au sein des lacs serait important.

11 It is urged that those acting for the Ministers failed to meet their responsibilities under the CEAA. That Act provides by paragraph 16(1)(a) that "[e]very screening . . . study of a project . . . shall include a consideration of the following factors: (a) the environmental effects of the project". Under subsection 2(1), the Act defines "environmental effect" as meaning "any change that the project may cause in the environment, including any effect of any such change . . . on the current use of lands and resources for traditional purposes by aboriginal persons". Reference to that important concept of "environmental effect" is included in the letter of June 21 to UNSI, received on July 2, from the Minister of Environment.

Il est allégué que les personnes agissant pour le compte des ministres ont négligé de s'acquitter des responsabilités que leur confère la LCEE. À l'alinéa 16(1)a), la Loi dispose que «[l]'examen préalable, l'étude approfondie, . . . d'un projet portent notamment sur les éléments suivants: a) les effets environnementaux du projet». Au paragraphe 2(1), la Loi définit l'expression «effets environnementaux»; il s'agit des «changements que la réalisation d'un projet risque de causer à l'environnement . . . sont comprises parmi les changements à l'environnement les répercussions de ceux-ci . . . sur l'usage courant de terres et de ressources à des fins traditionnelles par les autochtones». Il est fait référence à cette notion importante des «effets environnementaux» dans la lettre du ministre de l'Environnement, datée du 21 juin, que l'UNSI a reçue le 2 juillet.

12 The record reveals that the independent review of the project concerning fish and fish habitat (the Kenchington report) completed for UNSI does include reference to the current use of fishery resources in the Bras d'Or Lakes system by the Mi'kmaq people but it also notes that a full accounting of those fisheries was under preparation in another consultant's report for the UNSI. One of the reports completed for LNG is its review, *Middle Shoal Channel Improvement Program: Potential Impacts on Inlake Fish and Fisheries*, which does deal with fisheries in the Bras d'Or Lakes. It does make specific reference to the important historical and ongoing Mi'kmaq presence in those fisheries. Of course, it is upon that presence and their use of that fishery that their recognized Aboriginal interest is based. The LNG report reviews some of the major species of interest in the inlake fishery, and it refers to concerns about deterrents from the project to migration of fish through the Great Bras d'Or Channel. That report concludes that the project is not expected to have significant impact on fish migration in or out of the lake, but that monitoring programs should be established throughout the course of the project to ensure that such is the case.

12 Il ressort du dossier que l'examen indépendant du projet concernant le poisson et l'habitat du poisson (le rapport Kenchington) qui a été réalisé pour l'UNSI fait bel et bien référence à l'usage courant, par les Micmacs, des ressources halieutiques des lacs Bras d'Or, mais il est signalé également qu'un compte rendu complet de ces ressources était en préparation dans le rapport d'un autre expert-conseil destiné à l'UNSI. L'un des rapports préparés pour LNG est son étude intitulée *Middle Shoal Channel Improvement Program: Potential Impacts on Inlake Fish and Fisheries* (Programme d'amélioration du chenal de Middle Shoal: effets éventuels sur le poisson et la pêche dans les lacs), qui traite effectivement de la pêche dans les lacs Bras d'Or. Il y est fait expressément mention de l'importante présence historique et actuelle des Micmacs dans ces zones de pêche. Naturellement, c'est sur cette présence des Micmacs et l'usage qu'ils font de cette zone de pêche qu'est fondé leur droit reconnu à titre d'Autochtones. Le rapport de LNG passe en revue certaines des principales espèces intéressantes, et fait référence à des préoccupations suscitées par des aspects qui empêcheraient le poisson de migrer par le chenal du lac Grand Bras d'Or. Le rapport conclut que le projet n'est pas censé avoir d'effet important sur la migration du poisson, que ce soit pour entrer dans les lacs ou en sortir, mais qu'il faudrait établir des programmes pour surveiller la situation pendant toute la durée du projet afin de s'assurer que cela est bien le cas.

13 Surprisingly, the screening report signed off by the Ministers' representatives, makes no specific reference to the use of the Bras d'Or Lakes fisheries by the Mi'kmaq, even in its brief reference to First Nations. It does include, in a "Table of Effects Related to Changes in the Environment", a reference to potential adverse effects on "Current Use of Lands and Resources for Traditional Purposes by Aboriginal Persons". The potential adverse effects are thus described: "changes to marine waters, fish habitat, and fish migration could adversely impact aboriginal use of marine resources". But the potential for that effect is classed as insignificant, with no cumulative effect. Moreover, the report notes: "Implementation of above mitigation measures will

13 Fait surprenant, le rapport d'examen préalable que les représentants des ministres ont approuvé en le signant ne fait pas précisément mention du fait que les Micmacs pêchent dans les lacs Bras d'Or, même dans la brève référence qui y est faite aux Premières nations. Le rapport comporte toutefois dans un [TRADUCTION] «Tableau des effets liés aux changements environnementaux» une référence aux effets négatifs éventuels sur [TRADUCTION] «[l]'usage courant des terres et des ressources à des fins traditionnelles par les Autochtones». Les effets négatifs éventuels sont décrits en ces termes [TRADUCTION]: «effet négatif possible des changements aux eaux marines, à l'habitat du poisson et à la migration du poisson sur l'usage des ressources marines par les Autochtones».

ensure adverse environmental effects are avoided". While on its face, that entry would appear to address the use of resources for traditional purposes by Aboriginal persons, as the CEEA directs, in the context of the screening report, the use referred to is, in my opinion, the possible use of the fishery at the dredging site and the ocean dumping sites, neither of which are of direct concern to the applicants. The only concern with potential impact for fisheries within the Lakes that is dealt with in the screening report of the Ministers concerns migration of fish at the dredging site. For that migration of species in the Great Bras d'Or, it is acknowledged there was little or no scientific information available before August 1996. While mitigation measures include provision for monitoring fish migration around the dredging site, the utility of the monitoring measures and the significance of any results appeared to be questionable, at least to some DFO fisheries scientists, since little or nothing was apparently known about fish migration in the area, or about the effectiveness of the procedures to be used for monitoring.

Toutefois, l'éventualité de cet effet est tenue pour négligeable, sans effet cumulatif. Par ailleurs, le rapport signale ce qui suit [TRADUCTION]: «La mise en œuvre des mesures d'atténuation susmentionnées garantira que l'on évite des effets environnementaux négatifs». Si, à première vue, cette note semble porter sur l'usage que font les Autochtones des ressources à des fins traditionnelles, ainsi que le prescrit la LCEE, dans le contexte du rapport d'examen préalable, l'usage auquel il est fait référence est, selon moi, l'usage possible des ressources halieutiques au site de dragage et aux sites de rejet de déchets en mer, qui, dans les deux cas, ne préoccupent pas directement les requérantes. La seule préoccupation suscitée par l'effet éventuel du projet sur les ressources halieutiques des lacs dont traite le rapport d'examen préalable des ministres concerne la migration du poisson au site de dragage. Pour ce qui est de cette migration d'espèces dans le lac Grand Bras d'Or, il est reconnu qu'il existait peu d'informations scientifiques, sinon pas, avant août 1996. Les mesures d'atténuation prévoyaient une surveillance de la migration du poisson aux alentours du site de dragage, mais l'utilité des mesures de surveillance et l'importance de tout résultat paraissaient douteuses, aux yeux de quelques spécialistes des pêches de P&O du moins, car l'on en savait peu, sinon rien, sur la migration du poisson dans le secteur ou sur l'efficacité des méthodes de surveillance à employer.

14 My conclusion is that despite brief reference in the screening report's table of potential adverse effects, the actual use of fishery resources within the Bras d'Or Lakes by the Mi'kmaq people for traditional purposes was not addressed or carefully assessed by those acting for the Ministers. I so find. Even if it was addressed by LNG, that use of resources is not specifically addressed in the screening report, or otherwise by DFO and EC assessors. In my view, it is essential that the responsible authorities under CEEA address directly the matters included in "environmental effects" as defined in subsection 2(1) of the Act. It may be that, if reviewed, the result would be as set out in the table of the report, that is, that the potential impact would

Ma conclusion est la suivante: malgré qu'il y soit fait brièvement référence dans le tableau des effets négatifs éventuels qui figure dans le rapport d'examen préalable, les personnes agissant au nom des ministres n'ont pas examiné ou évalué soigneusement l'usage réel que font les Micmacs, à des fins traditionnelles, des ressources halieutiques des lacs Bras d'Or. Telle est ma conclusion. Même si LNG en a traité, cet usage des ressources n'a pas été examiné de manière précise dans le rapport d'examen préalable, ou d'une autre façon par les évaluateurs de P&O et d'EC. À mon sens, il est essentiel que les autorités responsables aux termes de la LCEE analysent directement les questions incluses dans les «effets environnementaux» définis au para-

14

be considered insignificant, but that cannot be assumed now, without consideration of the matter, any more than it could have been assumed on July 15 when the screening report was accepted.

15 A further aspect of unfairness in relation to the applicants' special interests as Aboriginal people is said to arise by reason of the fiduciary duty owed to them by the Crown. The nature of that duty is not spelled out in argument, but in this case, it would at least include the duty not to permit unjustified adverse effects upon continuing Aboriginal interests, here including the interests in fishing within the Bras d'Or Lakes for food.

16 I note that the applicants gave notice to the respondents in advance of hearing these applications and, consistent with that notice, they moved at the hearing to amend the grounds set out in all three applications as the bases of their requests for judicial review. They proposed to add a further ground, as follows:

12. The Applicants will submit that the Ministers erred in law and jurisdiction in respect of the fiduciary duty owed to the Applicants by Her Majesty the Queen in right of Canada by not providing the Applicants a fair opportunity to be heard, and/or by not requiring that the Minister of Indian and Northern Affairs, the Applicants, or someone on his or their behalf, sign the CEAA environmental assessment screening document as a responsible authority, and/or otherwise ensuring that the environmental screening decision, the authorization, and the permit are consistent with the fiduciary obligations of Her Majesty to the Applicants.

17 Counsel for the Attorney General, representing the Ministers, opposed the proposed amendment which, it was urged, adds a new ground at the last moment when, with an expedited schedule for the hearing, only the original grounds should be included, particularly since the Crown had no opportunity to canvas for possible evidence, perhaps in the records

graphe 2(1) de la Loi. Il est possible que, après examen, le résultat soit le même que celui qui est présenté dans le tableau du rapport, c'est-à-dire que l'effet éventuel serait considéré comme négligeable, mais on ne peut présumer cela maintenant sans analyser la question, pas plus qu'on aurait pu le faire le 15 juillet, date de l'acceptation du rapport d'examen préalable.

15 Un autre aspect d'iniquité par rapport aux droits spéciaux des requérantes en tant qu'Autochtones découlerait de l'obligation fiduciaire qu'a l'État envers ces dernières. La nature de cette obligation n'est pas énoncée dans l'argumentation, mais en l'espèce, elle comporterait au moins le fait de ne pas permettre que s'exercent des effets négatifs injustifiés sur des droits autochtones permanents, qui comportent en l'occurrence celui de pêcher à des fins alimentaires dans les lacs Bras d'Or.

16 Je signale que les requérantes ont donné avis aux intimés avant l'audition des présentes demandes et, en accord avec cet avis, elles ont proposé à l'audience de modifier les motifs énoncés dans les trois demandes comme fondements de leurs demandes de contrôle judiciaire. Elles ont proposé d'ajouter un motif supplémentaire:

[TRADUCTION]

12. Les requérantes feront valoir que les ministres ont commis une erreur de droit et de compétence à l'égard de l'obligation fiduciaire qu'a envers elles sa Majesté la Reine du Chef du Canada en ne leur procurant pas une occasion raisonnable d'être entendues, et/ou en n'exigeant pas que le ministre des Affaires indiennes et du Nord, les requérantes, ou une personne agissant en son ou en leur nom, signent le document d'examen préalable exigé par la LCEE à titre d'autorité responsable, et/ou s'assurent par ailleurs que la décision relative à l'examen préalable, l'autorisation et le permis sont conformes aux obligations fiduciaires de Sa Majesté envers les requérantes.

17 L'avocat du procureur général, qui représentait les ministres, s'est opposé à la modification proposée qui, a-t-il allégué, ajoute à la dernière minute un nouveau motif, quand dans le cas d'une instruction avancée, seuls les motifs initiaux doivent être inclus, surtout que l'État n'a pas eu l'occasion de chercher des éléments de preuve possibles, dans les dossiers

of DIAND, relating to any fiduciary duty here claimed.

18 I am not prepared to allow the amendment proposed, but in so concluding, I do not fully dispose of any claim here based upon fiduciary duty. I dismiss the amendment because it is unnecessary in order to raise the failure to fulfil fiduciary obligations as an aspect of unfairness in the process. That aspect is no surprise to the respondents, in my view, for it was referred to in argument when the application for a stay was heard on August 29, and breach of fiduciary duty was alleged in written argument filed on September 20 by the applicants in accord with the timetable for the hearing.

19 One of the principal purposes for the proposed amendment was said by counsel for the applicants to be to invite the Court to consider commenting upon or directing the manner in which the Crown's fiduciary duty ought to be discharged in light of the process set out in the CEAA, i.e. whether DIAND, or in lieu of DIAND, the applicants themselves, should be required to sign the environmental screening document. That suggestion apparently arises from uncertainty about responsibility for the Crown's fiduciary duty to the applicants in this case. Thus, for example, correspondence in the record from officers of DIAND includes recognition of the necessity of fulfilling that fiduciary duty, but it declined to be a party formally involved in the acceptance of, or consultations about, the screening assessment, and it affirmed that the applicants should be dealt with directly by DFO. By inference, DIAND's position is said to have been that the lead responsible authority under CEAA, here DFO, assumes responsibility for discharge of the Crown's fiduciary duty. Yet, there is no evidence that any of the DFO officers involved in the assessment recognized that responsibility. The applicants could not themselves assume that responsibility, in my view. Neither DIAND nor the applicants, nor anyone on their behalf, fall within the definition of "responsible authority", to ensure that an environmental assess-

du MAINC peut-être, au sujet de toute obligation fiduciaire revendiquée en l'espèce.

18 Je ne suis pas disposé à faire droit à la modification proposée, mais en arrivant à cette conclusion, je ne règle pas entièrement toute prétention fondée sur la question de l'obligation fiduciaire. Je rejette la modification parce que celle-ci n'est pas nécessaire pour soulever la question du non-respect d'obligations fiduciaires en tant qu'élément d'iniquité au sein du processus. Cet aspect ne surprend pas les intimés, à mon avis, car il y a été fait référence dans l'argumentation présentée au moment de l'audition de la demande de suspension le 29 août, et une violation de l'obligation fiduciaire a été alléguée dans l'argumentation écrite déposée par les requérantes le 20 septembre en accord avec le calendrier fixé pour l'audition.

19 L'un des buts principaux de la modification proposée était, selon l'avocat des requérantes, d'inviter la Cour à envisager de commenter ou de prescrire la façon dont l'État devait s'acquitter de son obligation fiduciaire au vu du processus exposé dans la LCEE, c'est-à-dire si le MAINC, ou, à la place de ce dernier, les requérantes elles-mêmes devraient être tenus de signer le rapport d'examen préalable. Cette suggestion découle manifestement d'une certaine hésitation quant à la responsabilité concernant l'obligation fiduciaire de l'État envers les requérantes en l'espèce. Ainsi, par exemple, une lettre figurant dans le dossier des agents du MAINC comporte une reconnaissance de la nécessité de s'acquitter de cette obligation fiduciaire, mais le Ministère a refusé de prendre part officiellement à l'acceptation de l'examen préalable ou aux consultations le concernant, et il était dit dans cette lettre que c'était P&O qui devait faire directement affaire avec les requérantes. Par déduction, la position du MAINC aurait été la suivante: la principale autorité responsable en vertu de la LCEE, P&O en l'occurrence, assumait la responsabilité de s'acquitter de l'obligation fiduciaire de l'État. Pourtant, rien ne prouve que l'un quelconque des agents de P&O ayant participé à l'évaluation ait reconnu cette responsabilité. À mon sens, les requérantes ne pouvaient elles-mêmes l'assumer. Ni le MAINC ni les requérantes, ni quiconque en leur

ment is satisfactorily completed, within sections 11 and 5 of the CEEA, and neither had responsibility under the Act for approval of the screening report.

nom, ne correspondent à la définition d'une «autorité responsable» afin de veiller à ce que l'on procède d'une manière satisfaisante à une évaluation environnementale aux termes des articles 11 et 5 de la LCEE, et ni l'une ni l'autre de ces parties n'était chargée en vertu de la Loi d'approuver le rapport d'examen préalable.

20 The Crown's fiduciary duty to the applicants as representing Aboriginal people continued throughout the assessment process and thereafter. It may be that within the public service, at least on this occasion, the perception was that the sole responsibility for discharge of that duty was that of DIAND. Only in so far as that duty is provided for within the terms of the CEEA, by reference to environmental effects as including the "current use of lands and resources for traditional purposes by aboriginal persons", was the duty here referred to implicitly. Thus, reference is found only in the letter from the Minister of the Environment dated June 21, 1996, and in the table of environmental effects in the screening report. The latter, I have found, in reality does not reflect consideration by the screening authorities of the acknowledged Aboriginal interest of the Mi'kmaq to fish for food in the Bras d'Or Lakes. There simply was no reference by the responsible authorities here involved, acting on behalf of the Ministers of Fisheries and Oceans and of Environment, to the fiduciary duty owed by Her Majesty's government to the Mi'kmaq Aboriginal people. Failure to consider that duty and the responsibility it raises, where an Aboriginal interest has been earlier recognized and may be adversely affected by the project, in my view, constitutes a failure by those acting on behalf of the respondent Ministers to act with fairness towards the applicants in the environmental assessment process. Indeed, it is an error in law, in my view, to fail to address the Aboriginal interest, and if it be affected, to assess whether that effect is warranted, in accord with the approach set out by the Supreme Court of Canada in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at pages 1111-1119.

L'obligation fiduciaire de l'État envers les requérantes, à titre de représentantes des Autochtones, s'est poursuivie pendant toute la durée du processus d'évaluation, ainsi que par la suite. Il se peut que dans la fonction publique, à cette occasion du moins, on ait eu le sentiment que le MAINC était seul à devoir s'acquitter de cette obligation. Ce n'est que dans la mesure où cette obligation est prévue dans le libellé de la LCEE, où il est dit que les effets environnementaux comprennent l'«usage courant de terres et de ressources à des fins traditionnelles par les autochtones», qu'il est fait référence implicitement à cette obligation en l'espèce. C'est donc dire qu'il n'en est fait mention que dans la lettre du ministre de l'Environnement datée du 21 juin 1996, et dans le tableau du rapport d'examen préalable où sont présentés les effets environnementaux. J'ai conclu qu'à vrai dire, ce dernier n'indique pas que les autorités chargées de procéder à l'examen ont tenu compte du droit reconnu des Micmacs, à titre d'Autochtones, de pêcher à des fins alimentaires dans les lacs Bras d'Or. Les autorités responsables en cause, agissant pour le compte du ministre des Pêches et des Océans et du ministre de l'Environnement, n'ont simplement pas fait mention de l'obligation fiduciaire qu'avait le gouvernement de Sa Majesté envers les Micmacs. Le fait de ne pas prendre en compte cette obligation et la responsabilité qu'elle suscite, lorsqu'un droit autochtone a été reconnu antérieurement et peut être négativement touché par le projet, constitue, selon moi, une omission de la part de ceux qui agissaient pour le compte des ministres intimés de faire preuve d'équité envers les requérantes dans le cadre du processus d'évaluation environnementale. En fait, on commet à mon sens une erreur de droit en négligeant d'examiner la question du droit autochtone et, s'il y a un effet sur ce dernier, d'évaluer si cet effet est justifié ou non, conformément à l'approche exposée par la Cour

20

21 I am persuaded that by their failure to consider the fiduciary duty here owed to the applicants, when the decision was made on behalf of the Ministers, those acting on behalf of the Ministers did breach that duty. Addressing the duty, to avoid unjustified adverse consequences for the applicants' interests in the Bras d'Or Lakes fisheries, might lead to the same conclusion as reached by the consultant retained by LNG, that is, that the interests in fisheries in the Lakes were not likely to be affected by the project. If so, the decision will be reached by those acting for the Crown who have the responsibility, on behalf of Her Majesty, to the Mi'kmaq people. It would not simply leave the matter as determined by a private third party who has no authority or responsibility to act on behalf of Her Majesty in considering the fiduciary duty here owed.

22 It was urged for the applicants that under the CEAA, they, as representatives of Aboriginal peoples, have a special role in the environmental assessment process, as a result of the Act itself and the fiduciary duty owed to them. I am not persuaded of this. Nevertheless, it is clear that the CEAA requires assessment of any effect of environmental change on the current use of their interests in the fisheries in the Bras d'Or Lakes for traditional purposes. That assessment, in so far as change is assessed as affecting those interests, protected under subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]], requires the application of tests set out in *R. v. Sparrow, supra*. In some circumstances, the Act and any relevant regulations may well be subject to requirements outlined in the recent decision of the Supreme Court in *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101, but in this case, no issue is raised about the validity or the application of the CEAA.

suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, aux pages 1111 à 1119.

Je suis convaincu qu'en négligeant de prendre en compte l'obligation fiduciaire due en l'espèce aux requérantes, quand la décision a été prise au nom des ministres, les personnes qui agissaient au nom de ces derniers l'ont bel et bien enfreinte. Le fait d'examiner cette obligation, afin d'éviter des conséquences négatives injustifiées pour les droits des requérantes sur les ressources halieutiques des lacs Bras d'Or, pourrait conduire à la même conclusion que celle qu'a tirée l'expert-conseil dont LNG avait retenu les services, savoir que le projet n'aurait vraisemblablement pas d'incidence sur les droits relatifs aux ressources halieutiques des lacs. Si tel est le cas, la décision sera prise par les personnes agissant pour le compte de l'État qui sont responsables, au nom de Sa Majesté, envers le peuple micmac. Elle ne s'en remettrait pas simplement à la décision d'une tierce partie privée n'ayant ni le pouvoir ni la responsabilité d'agir au nom de Sa Majesté en prenant en compte l'obligation fiduciaire requise en l'espèce.

Il a été allégué pour le compte des requérantes qu'en vertu de la LCEE, ces dernières, en qualité de représentantes des Autochtones, ont un rôle spécial à jouer dans le processus d'évaluation environnementale, et ce, du fait de la Loi elle-même et de l'obligation fiduciaire qui leur est due. Je n'en suis pas convaincu. Il est clair toutefois que la LCEE exige que l'on évalue tout effet d'un changement environnemental sur l'usage courant de leurs droits sur les ressources halieutiques des lacs Bras d'Or à des fins traditionnelles. Cette évaluation, dans la mesure où l'on évalue l'effet de changements sur ces droits, que protège le paragraphe 35(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° 44]], oblige à appliquer les critères énoncés dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, précité. Dans certains cas, la Loi et tout règlement pertinent peuvent fort bien être soumis aux exigences décrites dans la décision qu'a récemment rendue la Cour suprême dans *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101 mais en l'espèce, aucune question n'est soulevée à propos de la validité ou de l'application de la LCEE.

(c) Fairness and Legitimate Expectationsc) Équité et attentes légitimes

23 Finally, in regard to procedural fairness, the applicants contend the doctrine of legitimate expectations is here applicable. That doctrine is described by Sopinka J. in *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170, at page 1204 as:

... an extension of the rules of natural justice and procedural fairness. It affords a party affected by the decision of a public official an opportunity to make representations in circumstances in which there otherwise would be no such opportunity. The Court supplies the omission where, based on the conduct of the public official, a party has been led to believe that his or her rights would not be affected without consultation.

24 For the respondent Ministers, it is urged there was no express undertaking, and no regular practice in consideration of screening reports, that a decision would not be made until after the meeting on July 16, when science-based concerns were to be discussed. The applicants urge that even without those factors, it was reasonable for them to have the expectation they did that no decision would be made before their concerns relating to scientific assessments were discussed. As already noted, those expectations arose, in part, from the grant of funding by DIAND for their independent studies, and from the assurances of Ministers of DFO and of Environment that their work would be important in the assessment, indeed, as indicated by the latter Minister in his letter of June 21, 1996, that an ocean dumping permit would not issue before a report from the UNSI was considered. The meeting of July 5 to address the applicants' concerns was unsatisfactory and three further steps were requested by the UNSI, two of which were met by the written responses to their findings and recommendations and by scheduling the meeting with DFO scientists. The third step, a further meeting with Regional Directors of DFO and EC, was not realized.

23 Enfin, en ce qui concerne l'équité procédurale, les requérantes soutiennent que la doctrine des attentes légitimes s'applique en l'espèce. Cette doctrine est décrite par le juge Sopinka, dans l'arrêt *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170, à la page 1204; il s'agit du:

... prolongement des règles de justice naturelle et de l'équité procédurale. [Le principe] accorde à une personne touchée par la décision d'un fonctionnaire public la possibilité de présenter des observations dans des circonstances ou, autrement, elle n'aurait pas cette possibilité. La cour supplée à l'omission dans un cas où, par sa conduite, un fonctionnaire public a fait croire à quelqu'un qu'on ne toucherait pas à ses droits sans le consulter.

24 Il est allégué au nom des ministres intimés qu'il n'y a pas eu d'engagement explicite — et cela ne se fait normalement pas lorsque l'on examine un rapport d'examen préalable — qu'une décision ne serait prise qu'après la réunion du 16 juillet, où des questions de nature scientifique devaient être analysées. Les requérantes font valoir que, même sans ces facteurs, il était raisonnable qu'elles s'attendent, comme elles l'ont fait, à ce qu'aucune décision ne soit prise avant que l'on ait discuté de leurs préoccupations relatives aux évaluations scientifiques. Comme il a été mentionné plus tôt, ces attentes découlaient, en partie, de l'octroi de fonds par le MAINC en vue de l'exécution de leurs études indépendantes, ainsi que des assurances données par les ministres de P&O et d'EC que leur travail occuperait une place importante dans l'évaluation, en fait, comme l'a indiqué le ministre d'EC dans sa lettre du 21 juin 1996, qu'on ne délivrerait pas de permis d'immersion de déchets en mer avant d'avoir examiné un rapport de l'UNSI. La réunion tenue le 5 juillet pour régler les préoccupations des requérantes s'est avérée insatisfaisante, et l'UNSI a demandé trois autres mesures, dont deux ont été satisfaites par une réponse écrite à ses constatations et recommandations et par la tenue d'une réunion avec des scientifiques de P&O. La troisième mesure, une autre réunion avec les directeurs régionaux de P&O et d'EC, ne s'est pas concrétisée.

25 It is surprising, in light of the funding granted to the UNSI to undertake its independent review of the project, funding known to the Ministers concerned and to their involved officers, that no satisfactory comment on the UNSI study in relation to fish and fish habitat was provided, and the record shows no consideration of the other UNSI studies undertaken and known to DFO and EC officers, before their decision to accept the screening report. Co-ordination of decisions within government, particularly when more than one agency is involved, is perhaps never easy, as this case exemplifies. In the field of environmental assessment, proper co-ordination is essential if the process is to generate any confidence among those who have interests affected by anticipated environmental change.

26 Nevertheless, in my opinion, the doctrine of legitimate expectations does not here apply. There is no statutory or regulatory process or practice that provides for a meeting, either to explore scientific concerns with government scientists or with Regional Directors General, and though both were requested by the applicants, neither was expressly held out as an undertaking by those acting for the Ministers. The Court has no basis for finding a legitimate expectation which would lead it to intervene to impose a procedural step to require a further opportunity for representations to be made, either to the DFO scientists or to the Regional Directors General. It is urged that the applicants were entitled to be informed of the "evidence" before those acting for the Ministers and to make representations in relation to scientific considerations included in that "evidence". The decision here in question is not typically judicial, rather it is an administrative decision to be made at the discretion of the Ministers concerned. Even if the doctrine of legitimate expectations were here applicable, it would not support a finding that the applicants were entitled to more than an opportunity to make their own representations, to contribute to the materials before the Ministers. It would not be a basis to found a right to comment on all of the material or "evidence" provided for consideration of the Ministers.

25 Vu les fonds qu'a obtenus l'UNSI pour réaliser son examen indépendant du projet, fonds dont étaient au courant les ministres concernés et leurs agents compétents, il est surprenant qu'aucun commentaire satisfaisant n'ait été fait sur l'étude de l'UNSI portant sur le poisson et l'habitat du poisson, et le dossier ne fait état d'aucune des autres études que l'UNSI a réalisées, au su des agents de P&O et d'EC, avant que ceux-ci décident d'entériner le rapport d'examen préalable. Il n'est peut-être jamais facile, comme l'illustre la présente affaire, de coordonner la prise de décisions au sein de l'État, surtout lorsqu'il y a plus d'un organisme en cause. En matière d'évaluation environnementale, il est indispensable que la coordination soit bonne si l'on veut que le processus suscite une confiance quelconque chez ceux dont les droits sont touchés par un changement environnemental anticipé.

26 Néanmoins, selon moi, la doctrine des attentes légitimes ne s'applique pas en l'espèce. Aucun processus ou aucune pratique de nature législative ou réglementaire ne prévoit la tenue d'une réunion, pour analyser des questions de nature scientifique avec des scientifiques de l'État ou des directeurs généraux régionaux, et bien que les requérantes aient demandé les deux, ni l'une ni l'autre n'ont été expressément présentées comme un engagement par les personnes agissant pour le compte des ministres. La Cour n'a nulle raison de conclure à l'existence d'une attente légitime qui l'amènerait à intervenir pour imposer une mesure procédurale obligeant à donner une autre occasion de présenter des observations, soit aux scientifiques de P&O soit aux directeurs généraux régionaux. Il est allégué que les requérantes avaient le droit d'être informées de la «preuve» soumise aux personnes agissant pour le compte des ministres et de faire des observations au sujet de questions scientifiques incluses dans cette «preuve». La décision dont il est question en l'espèce n'est pas typiquement judiciaire; il s'agit plutôt d'une décision administrative qui doit être prise à la discrétion des ministres concernés. Même si elle s'appliquait en l'espèce, la doctrine des attentes légitimes n'étayerait pas la conclusion que les requérantes avaient droit à plus qu'une occasion de présenter leurs propres observations, afin de contribuer aux documents

REQUIREMENTS FOR ASSESSMENT UNDER THE CEAA

27 The applicants contend that in the decision to approve the screening report, the Ministers failed to comply with requirements under the CEAA to assess measures to be undertaken in mitigation of adverse effects as part of the screening process, and further, that they failed to conduct a careful and reasonable scientific assessment of the project, as the Act requires. In the latter regard, it is urged that the decision makers disregarded scientific advice before them and reached patently unreasonable findings. The respondents contest these arguments and urge that in light of the standard of review for the Court in these proceedings, it is not established that the findings and conclusions of the screening report were patently unreasonable.

28 In the first of these arguments, the applicants submit that at the time the screening report was accepted, not all mitigation measures had been determined or assessed. Rather, the report as accepted specifically provided that LNG was to develop, for approval of DFO and EC prior to commencement of dredging, an environmental protection plan, a contingency plan and a dredged material disposal management plan. The implementation of operations was to be monitored, and the implementation of the plans yet to be developed by LNG would ensure adverse effects were prevented and assessment predictions were evaluated.

29 The argument is based upon the Act, which provides that every screening study of a project shall include consideration of, *inter alia*, “measures that are technically and economically feasible and that would mitigate any significant adverse environmental effects” (paragraph 16(1)(d), CEAA). Here

soumis aux ministres. Il ne s’agirait pas d’une raison de justifier le droit de faire des commentaires sur l’ensemble des documents ou des «éléments de preuve» soumis à l’examen des ministres.

EXIGENCES D’UNE ÉVALUATION EN VERTU DE LA LCEE

27 Les requérantes prétendent que, en décidant d’approuver le rapport d’examen préalable, les ministres ne se sont pas conformés à l’obligation prévue par la LCEE d’évaluer dans le cadre du processus d’examen les mesures à prendre pour atténuer les effets négatifs et, de plus, qu’ils n’ont pas procédé à une évaluation scientifique sérieuse et raisonnable du projet, comme l’exige la Loi. Au sujet de ce dernier point, il est allégué que les décisionnaires n’ont pas tenu compte des avis scientifiques qui leur avaient été soumis et ont tiré des conclusions manifestement déraisonnables. Les intimés contestent ces arguments et soutiennent qu’eu égard à la norme de contrôle à laquelle est soumise la Cour dans la présente instance, il n’est pas établi que les constatations et conclusions du rapport d’examen préalable étaient manifestement déraisonnables.

28 Dans le premier de ces arguments, les requérantes font valoir qu’à la date où le rapport d’examen préalable a été accepté, les mesures d’atténuation n’avaient pas toutes été déterminées ou évaluées. Plutôt, le rapport, dans la forme où il a été accepté, prévoyait expressément que LNG devait dresser un plan de protection de l’environnement, un plan d’intervention d’urgence et un plan de gestion de l’élimination des rebuts de dragage, lesquels devaient être soumis à l’approbation de P&O et d’EC avant le début des travaux de dragage. La mise en œuvre des opérations devait être surveillée, et celle des plans non encore établis par LNG garantissait que l’on éviterait des effets négatifs et que l’on évaluerait les prévisions fixées au moment de l’évaluation.

29 L’argument est fondé sur la Loi, laquelle dispose que toute étude d’un projet porte notamment sur «les mesures d’atténuation réalisables, sur les plans technique et économique, des effets environnementaux importants» (alinéa 16(1)d), LCEE). En l’espèce, la décision a été prise en vertu de l’alinéa 20(1)a) de la

the decision was made pursuant to paragraph 20(1)(a) of the Act, which provides that the responsible authority's decision is to be made "after taking into consideration the screening report", including "taking into account the implementation of any mitigation measures that the responsible authority considers appropriate".

30 Mitigation is defined in subsection 2(1) of the CEEA as meaning "in respect of a project, the elimination, reduction or control of the adverse environmental effects of the project, and includes restitution for any damage to the environment caused by such effects through replacement, restoration, compensation or any other means".

31 Some mitigation measures were referred to, albeit briefly, in the screening report. For example, the creation of lobster habitat and compensation measures are foreseen as mitigating loss of lobster and invertebrate habitat at the dredging site, and the establishment of a monitoring program while work is in progress, to facilitate corrective action if significant schools of fish are perceived as delayed in migrating in the Great Bras d'Or Channel, is foreseen as mitigating noise and disturbance from dredging. The evidence also is, from affidants of EC and of LNG, that in the ongoing process of completing the screening study by LNG, there was considerable discussion of mitigating measures to deal with adverse consequences. Indeed, those were spoken of by government representatives at the July 5 meeting with the UNSI, perhaps with too much emphasis on mitigating measures, from the perspective of the UNSI representatives. It seems clear that possible mitigating measures were under consideration before the screening report was accepted on July 15.

32 Thus the applicants' argument, on the facts before me, would require that all the detail of mitigating measures be resolved and considered before acceptance of the screening report. I am not persuaded the CEEA requires that. The Act establishes a process for assessment of environmental effects. The process is ongoing and dynamic, with continuing dialogue

Loi, lequel porte que la décision de l'autorité responsable doit être prise «après avoir pris en compte le rapport d'examen préalable», «compte tenu de l'application des mesures d'atténuation qu'elle estime indiquées».

Aux termes du paragraphe 2(1) de la LCEE, les 30 mesures d'atténuation signifient la «[m]aîtrise efficace, réduction importante ou élimination des effets environnementaux négatifs d'un projet, éventuellement assortie d'actions de rétablissement notamment par remplacement ou restauration; y est assimilée l'indemnisation des dommages causés».

Il a été fait référence, en termes succincts toute- 31 fois, à certaines mesures d'atténuation dans le rapport d'examen préalable. Ainsi, il est prévu que la création d'un habitat pour le homard et la prise de mesures d'indemnisation atténuent la perte de l'habitat du homard et d'invertébrés au site de dragage, et que l'établissement d'un programme de surveillance pendant la durée des travaux, afin de faciliter la prise de mesures correctrices s'il est perçu que l'on retarde la migration d'importants bancs de poisson dans le chenal du lac Grand Bras d'Or, atténue le bruit et la perturbation attribuables aux travaux de dragage. Les auteurs des affidavits d'EC et de LNG ont également dit qu'au cours de la réalisation de l'étude préalable de LNG, il a été longuement discuté de la prise de mesures d'atténuation pour faire face à des conséquences négatives. En fait, les représentants de l'État en ont parlé à la réunion du 5 juillet avec l'UNSI, en insistant peut-être trop sur les mesures d'atténuation, selon le point de vue des représentants de l'UNSI. Il semble évident qu'avant que le rapport d'examen préalable soit accepté le 15 juillet, les parties examinaient d'éventuelles mesures d'atténuation.

Au vu des faits qui m'ont été soumis, l'argument 32 des requérantes exigerait donc que tous les détails concernant les mesures d'atténuation soient réglés et examinés avant que l'on accepte le rapport d'examen préalable. Je ne suis pas convaincu que c'est ce que requiert la LCEE. La Loi établit pour l'évaluation des effets environnementaux un processus, perma-

between the proponent, the responsible authorities and often, as in this case, interested community groups. Dredging and ocean dumping of dredged material are well-known activities in Canadian waters, even if they had not previously been undertaken at the site of the project in this case. Much was known of measures to mitigate adverse consequences of these activities generally, and the project was not approved by grant of the necessary permits until details of mitigation measures were worked out to the satisfaction of the responsible authorities.

ment et dynamique, dans le cadre duquel a lieu un dialogue entre le promoteur du projet, les autorités responsables et souvent, comme c'est le cas en l'occurrence, les groupes communautaires intéressés. Le dragage et le rejet en mer des résidus de dragage sont des activités que l'on connaît bien dans les eaux canadiennes, et ce, même s'il n'y en avait pas eu auparavant à l'endroit où le projet dont il est question en l'espèce devait être exécuté. On savait bien des choses sur les mesures qui permettent d'atténuer les effets négatifs de ces activités en général, et le projet n'a pas été approuvé par l'octroi des permis nécessaires avant que les détails entourant les mesures d'atténuation aient été réglés à la satisfaction des autorités responsables.

33 My conclusion is that when the screening report was accepted on July 15, the responsible authorities knew enough of the mitigating measures, even if final acceptable details had yet to be worked out by LNG, and it cannot be said they failed to follow the procedures implied by the CEAA. The evidence is that they did take into account, in approving the screening report, the general mitigation measures they perceived as necessary to deal with the adverse consequences foreseen, and they provided for approval of final detailed plans for mitigating measures before work on the project commenced.

Je conclus que, lorsque le rapport d'examen préalable a été accepté le 15 juillet, les autorités responsables en savaient suffisamment sur les mesures d'atténuation, même s'il restait encore à LNG à régler les derniers détails acceptables, et on ne peut pas dire que ces autorités ne se sont pas conformées aux procédures que prévoit la LCEE. Il ressort de la preuve qu'en approuvant le rapport d'examen préalable, elles ont pris en compte les mesures d'atténuation générales qu'elles estimaient indiquées pour faire face aux conséquences négatives anticipées, et elles ont fait approuver les plans détaillés définitifs concernant les mesures d'atténuation avant que commencent les travaux. 33

34 The applicants also urge that the Ministers were required to conduct a careful and reasonable assessment of the project in light of paragraph 4(a) of the CEAA which specifies, among other purposes of the Act, "to ensure that the environmental effects of projects receive careful consideration before responsible authorities take actions in connection with them". I accept that standard as consistent with the purposes and the processes established by the Act.

Les requérantes font valoir également que les ministres se trouvaient dans l'obligation de procéder à une évaluation sérieuse et raisonnable du projet en vertu de l'alinéa 4a) [mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 19] de la LCEE, lequel précise que cette Loi a pour objet, notamment, «de permettre aux autorités responsables de prendre des mesures à l'égard de tout projet susceptible d'avoir des effets environnementaux en se fondant sur un jugement éclairé quant à ces effets». Je reconnais que cette norme est compatible avec les objets et les processus que fixe la Loi. 34

35 Yet I am not persuaded that those acting on behalf of the Ministers failed to conduct a careful review, except for not addressing the current use of Bras d'Or Lakes fisheries by the Mi'kmaq people

Je ne suis toutefois pas convaincu que les personnes agissant pour le compte des ministres ont négligé de procéder à un examen sérieux, sauf qu'elles n'ont pas examiné l'usage courant que font les Mic- 35

and thus failing to consider the fiduciary responsibility owed to that people. The applicants' claim that the statutory standard of care was not met is based on several factors. Thus, it is said there was no reasonable overall scientific review of the project, that certain critical information such as basic data concerning fish migration in the Great Bras d'Or Channel was not obtained, that certain advice from scientists was disregarded, including advice about fish habitat at one of the ocean dump sites, and advice about new lobster habitat was ignored. The written record, from DFO and EC files, includes E-mail messages recorded and filed, and it does reveal that some scientists consulted in the process were critical of aspects of the project and proposals made for monitoring and mitigating adverse consequences. The record reveals as well that key scientific officers, late in the day, appeared to recognize that their advice would have been clearer and more justifiable had they completed an overall scientific assessment, rather than simply arranging to provide comment as requested of individuals on particular aspects of the proposal.

macs des ressources halieutiques des lacs Bras d'Or et n'ont donc pas pris en compte la responsabilité fiduciaire envers ce peuple. La prétention des requérantes selon laquelle la norme de diligence prévue par la loi n'a pas été respectée repose sur plusieurs facteurs. Ainsi, est-il dit, il n'y a pas eu d'examen scientifique général raisonnable du projet, certains renseignements critiques, comme des données de base sur la migration du poisson dans le chenal du lac Grand Bras d'Or n'ont pas été obtenus, et l'on n'a pas tenu compte de certains avis de scientifiques, sur, notamment, l'habitat du poisson à l'un des sites de rejet de déchets en mer, et sur un nouvel habitat pour le homard. Le dossier écrit, extrait des dossiers de P&O et d'EC, contient des messages électroniques enregistrés et déposés, et il révèle que certains scientifiques consultés dans le cadre du processus critiquaient des aspects du projet et des propositions faites en vue de surveiller et d'atténuer les conséquences négatives. Il ressort également de ce dossier qu'en fin de compte, des agents scientifiques de premier plan ont semblé reconnaître que leur avis aurait été plus clair et justifiable s'ils avaient procédé à une évaluation scientifique générale, au lieu de s'organiser simplement pour fournir des commentaires, comme il était demandé à des particuliers de le faire, sur des aspects distincts de la proposition.

36 There may well be lessons to be learned by scientists concerned about better arrangements for providing scientific advice in regard to environmental assessments of projects proposed in the future. If so, it would be unfortunate if differing views of scientists involved were masked in the process. It would be unusual if they did not have differing views, as the written record here reveals was the case.

Il y a peut-être bien des leçons que peuvent apprendre les scientifiques qui se soucient du fait que l'on prenne de meilleures dispositions pour fournir des conseils scientifiques au sujet des évaluations environnementales de projets à venir. Si c'est le cas, il serait regrettable que les vues divergentes des scientifiques en cause soient passées sous silence. Il serait inusité qu'ils n'aient pas de vues divergentes, comme le révèle en l'espèce le dossier écrit.

37 Yet it must be remembered that the decision of the Ministers under the CEAA is not a scientific decision; it is a decision made in the exercise of judgment that takes into account appropriate scientific, economic, political and social considerations. In *Alberta Wilderness Assn. v. Express Pipelines Ltd.*, [1996] F.C.J. No. 1016 (C.A.) (QL), the Court of Appeal described the process under CEAA as follows [at paragraph 10]:

Il faut toutefois se souvenir que la décision que prennent les ministres en vertu de la LCEE n'est pas de nature scientifique. Il s'agit d'un exercice de jugement qui tient compte de questions scientifiques, économiques, politiques et sociales appropriées. Dans l'arrêt *Alberta Wilderness Assn. c. Express Pipelines Ltd.*, [1996] A.C.F. n° 1016 (C.A.) (QL), la Cour d'appel a décrit en ces termes le processus que prévoit la LCEE [au paragraphe 10]:

No information about the probable future effects of a project can ever be complete or exclude all possible future outcomes . . . the principal criterion set by the statute is the "significance" of the environmental effects of the project: that is not a fixed or wholly objective standard and contains a large measure of opinion and judgment. Reasonable people can and do disagree about the adequacy and completeness of evidence which forecasts future results and about the significance of such results without thereby raising questions of law.

Aucun élément d'information portant sur les effets futurs probables d'un projet ne saurait jamais être complet ou exclure toutes les conséquences possibles . . . le principal critère établi par la loi est l'«importance» des effets environnementaux du projet. Il ne s'agit pas là d'un critère entièrement fixe ou objectif; il fait largement appel au jugement et à l'opinion de la commission. Des personnes raisonnables peuvent ne pas être du même avis—et ne le sont effectivement pas—sur la question de savoir si des éléments de preuve qui prévoient certaines répercussions à venir sont suffisants et exhaustifs et sur l'importance de ces répercussions sans soulever par le fait même des questions de droit.

38 The very nature of the decision means that in judicial review proceedings, the Court must inevitably defer to the statutory decision maker, unless persuaded that the decision is patently unreasonable, in the sense that it cannot rationally be justified in light of all the information available to the decision maker at the time of the decision. So long as there is information on which the decision could be rationally based, the Court will not intervene.

38 La nature même de la décision signifie que, dans le cadre d'un contrôle judiciaire, la Cour doit forcément s'en remettre au décisionnaire habilité par la loi, à moins d'être convaincue que la décision est manifestement déraisonnable, c'est-à-dire qu'elle ne peut se justifier logiquement au vu de l'ensemble des renseignements dont disposait le décisionnaire au moment où il a pris sa décision. Tant qu'il existe des renseignements sur lesquels la décision pouvait être logiquement fondée, la Cour n'interviendra pas.

39 In this case, aside from considerations of procedural fairness, despite criticism of the role of scientists and the role of those who had responsibility to coordinate scientific advice and other information in the process of screening the project, including the very substantial study by LNG, I am not persuaded that the final conclusion here questioned, that the project be approved subject to monitoring and mitigating measures, can be said to be patently unreasonable. The applicants' critique of the scientific review of the LNG study, serious as it may be, is not persuasive that the ultimate conclusion on behalf of the Ministers should be set aside because the assessment of scientific information about the project was less than careful, as the CEEA requires of the assessment process.

39 Dans la présente affaire, hormis des questions d'équité procédurale, et en dépit de critiques du rôle des scientifiques et de celui des personnes à qui il incombait de coordonner les avis scientifiques et d'autres informations au cours de l'examen préalable du projet, y compris l'étude très sérieuse que LNG avait menée, je ne suis pas convaincu que la conclusion définitive qui est contestée en l'espèce, savoir que le projet soit approuvé sous réserve de la prise de mesures de surveillance et d'atténuation, peut être qualifiée de manifestement déraisonnable. Aussi sérieuse qu'elle puisse être, la critique des requérantes à l'égard de l'examen scientifique de l'étude de LNG ne convainc pas qu'il faudrait infirmer la conclusion ultime tirée pour le compte des ministres parce que l'évaluation des renseignements scientifiques sur le projet était moins que sérieuse, comme l'exige la LCEE à propos du processus d'évaluation.

CONCLUSION

CONCLUSION

40 As earlier stated, I find that those acting on behalf of the Ministers concerned failed to assess potential adverse effects of the project upon the use of fishery resources within the Bras d'Or Lakes by the

40 Comme je l'ai indiqué plus tôt, je conclus que les personnes agissant pour le compte des ministres concernés ont omis d'évaluer les effets négatifs éventuels du projet sur l'usage des ressources halieu-

Mi'kmaq people for traditional purposes, that is, for food. As earlier noted, that use has clearly been affirmed by the Nova Scotia Court of Appeal. It is an Aboriginal interest which those acting on behalf of Her Majesty have a fiduciary duty to protect from unwarranted adverse effects of the project, and I have found that those acting on behalf of the Ministers concerned failed to consider the fiduciary duty here owed. Those failures constituted unfairness in the process and errors in law.

41 For LNG it is urged that if the decisions approving the project are set aside, that would inevitably increase costs of the project, it would create liabilities for LNG without any benefit from the project, and it would create uncertainties that could jeopardize long-term prospects of the company and of its employees. Serious as those concerns are, in my view, they are not considerations which should lead this Court to decline to exercise discretion to set aside the decisions to approve the project, particularly where, as I have found, the responsible authorities failed to meet requirements under the CEAA to assess potential adverse environmental effects upon the use of fishery resources of the Bras d'Or Lakes for traditional purposes by the Mi'kmaq people.

42 Thus, an order issued in file T-1849-96, to set aside the primary decision of July 15, 1996, and to refer the matter for reconsideration, after further consultations with the applicants and the proponent LNG, and consideration of the potential adverse effects upon the current use of the fishery resources of the Lakes by the Mi'kmaq people represented by the applicants. In each of the other files, T-2005-96 and T-2006-96, orders were issued to set aside and suspend the decisions of July 22 and 29 respectively, pending review and reconsideration after reconsideration of the primary decision to approve the environmental assessment screening report.

tiques des lacs Bras d'Or par les Micmacs à des fins traditionnelles, c'est-à-dire, alimentaires. Ainsi que je l'ai signalé plus tôt, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a clairement confirmé cet usage. Il s'agit d'un droit des Autochtones, que les personnes agissant au nom de Sa Majesté se trouvent dans l'obligation fiduciaire de protéger contre les effets négatifs injustifiés du projet, et je suis arrivé à la conclusion que les personnes agissant pour le compte des ministres concernés ont omis de prendre en considération l'obligation fiduciaire qui était requise en l'espèce. Ces omissions constituaient un cas d'iniquité procédurale et des erreurs de droit.

Il est allégué pour le compte de LNG que l'annulation des décisions ferait inévitablement augmenter le coût du projet, elle occasionnerait des obligations à LNG sans que celle-ci retire un bénéfice quelconque du projet, et elle créerait des incertitudes qui pourraient mettre en péril les perspectives à long terme de l'entreprise et de ses travailleurs. Aussi sérieuses qu'elles puissent être, ces préoccupations ne sont pas, à mon avis, de nature à amener la Cour à refuser d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour annuler les décisions d'approuver le projet, surtout que, comme je l'ai conclu, les autorités responsables ont omis de satisfaire à l'obligation prévue par la LCEE d'évaluer les effets environnementaux négatifs qui pourraient toucher l'usage, par les Micmacs, des ressources halieutiques des lacs Bras d'Or à des fins traditionnelles.

Une ordonnance a donc été rendue dans le dossier T-1849-96, annulant la décision principale datée du 15 juillet 1996 et renvoyant l'affaire pour nouvel examen, après de plus amples consultations avec les requérantes et le promoteur, LNG, et après un examen des effets négatifs éventuels sur l'usage courant, par les Micmacs, que représentent les requérantes, des ressources halieutiques des lacs. Dans les deux autres dossiers, qui portent les n^{os} T-2005-96 et T-2006-96, il a été ordonné d'annuler et de suspendre les décisions datées du 22 et du 29 juillet respectivement en attendant que soit réexaminée la décision principale d'approuver le rapport d'examen préalable établi à la suite d'une évaluation environnementale.

41

42

- 43 Reconsideration of the primary decision concerning the screening report should be undertaken in light of all information available at the time of reconsideration, not simply on the basis of information available on the record at July 15, 1996. If that review results again in approval of the screening report, which would then expressly include the assessment made concerning use of fisheries in the Bras d'Or Lakes by the Mi'kmaq people for traditional purposes, then subject to review of the terms on which the later approvals were granted so that any changes now indicated may be incorporated, then the suspended authorization issued by the Minister of Fisheries and Oceans may be reinstated by that Minister's approval, and the suspended permit issued by the Minister of the Environment may be reinstated by that Minister's approval, in my view without the necessity of further advertising or other published formal notice.
- 44 The orders directed times for their becoming effective, unless counsel for the applicants, for the Ministers concerned, and for LNG agreed upon a different arrangement to serve the practicalities of ceasing dredging and ocean dumping operations.
- 45 The Minister of Fisheries and Oceans, as continuing lead responsible authority, is directed by the Orders, in consultation with the Minister of the Environment and LNG, to ensure continuing monitoring arrangements at the sites of drilling and ocean dumping, as may be determined by the Ministers to be appropriate, pending reconsideration of the environmental assessment screening report.
- 46 Finally, I direct that a copy of these reasons be filed in each of Court files T-1849-96, T-2005-96 and T-2006-96.
- Le nouvel examen de la décision principale concernant le rapport d'examen préalable devrait être entrepris à la lumière de toutes les informations disponibles à ce moment-là, et non simplement en se fondant sur les renseignements qui se trouvaient dans le dossier en date du 15 juillet 1996. Si cet examen se solde de nouveau par l'approbation du rapport d'examen préalable, qui inclurait donc expressément l'évaluation effectuée au sujet de l'usage, par les Micmacs, des ressources halieutiques des lacs Bras d'Or à des fins traditionnelles, alors, sous réserve d'une révision des conditions dans lesquelles les approbations subséquentes ont été accordées de manière à pouvoir intégrer tout changement maintenant indiqué, l'autorisation suspendue que le ministre des Pêches et des Océans avait donnée pourra être rétablie avec l'assentiment de ce dernier, et le permis suspendu que le ministre de l'Environnement avait délivré pourra être rétabli avec l'assentiment de ce dernier, et ce, selon moi, sans autre annonce ou avis officiel publié.
- Les ordonnances prescrivaient des dates d'entrée en vigueur, à moins que les avocats des requérantes, des ministres concernés et de LNG ne se soient pas entendus sur des dispositions différentes pour tenir compte des détails pratiques concernant la cessation des activités de dragage et de rejet de résidus en mer.
- Les ordonnances prescrivent au ministre des Pêches et des Océans, à titre de principale autorité responsable, en consultation avec le ministre de l'Environnement et LNG, de s'assurer que les modalités de surveillance permanente qu'ils jugeront indiquées sont appliquées aux sites de dragage et de rejet de résidus en mer, en attendant que le rapport d'examen préalable établi à la suite de l'évaluation environnementale soit soumis à un nouvel examen.
- Enfin, j'ordonne qu'un exemplaire des présents motifs soit déposé dans les trois dossiers suivants de la Cour: T-1849-96, T-2005-96 et T-2006-96.

IMM-888-96

IMM-888-96

Anil Kumar Kirpal (*Applicant*)**Anil Kumar Kirpal** (*requérant*)

v.

c.

Minister of Citizenship and Immigration (*Respondent*)**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration** (*intimé*)**INDEXED AS: KIRPAL v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T.D.)****RÉPERTORIÉ: KIRPAL c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)**

Trial Division, Gibson J.—Vancouver, September 27; Ottawa, October 18, 1996.

Section de première instance, juge Gibson—Vancouver, 27 septembre; Ottawa, 18 octobre 1996.

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Judicial review of IRB, Appeal Division's dismissal of appeal from refusal of sponsored application for landing of father, mother, brother — Order in council exempting them from requirement of obtaining visa before coming to Canada — Father medically inadmissible — S. 77(3) conferring right to appeal refusal of landing based on compassionate, humanitarian considerations — Tribunal erred in weighing excessive demands father's admission likely to place on Canadian medical, social services against compassionate, humanitarian considerations — Had Parliament so intended, could have adopted wording of s. 70(1)(b) i.e. "having regard to all the circumstances" — Tribunal erred in failing to consider separately whether compassionate, humanitarian considerations warranting grant of special relief to mother, brother — Act, Regulations not requiring uniform result in exercise of equitable jurisdiction — Tribunal erred in applying Regulations, s. 6(1) — S. 6(1) applies "where a member of the family class makes an application for an immigrant visa" — Father, mother, brother exempted from applying for visa — Whether sponsor of family members exempted from visa requirement having right of appeal under s. 77(3) certified question.

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Immigration inquiry process — Tribunal having jurisdiction under Immigration Act, s. 77(3) to entertain appeal from refusal of sponsored in-land application for landing of father, mother, brother — S. 77(1) permitting immigration or visa officer to refuse to approve sponsored application for landing where member of family class not

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Contrôle judiciaire de la décision de la section d'appel de la CISR qui a rejeté l'appel contre le rejet de la demande parrainée d'établissement du père, de la mère et du frère du requérant — Ceux-ci ont été dispensés par décret de l'obligation d'obtenir un visa avant de venir au Canada — Le père a été déclaré non admissible pour raisons d'ordre médical — L'art. 77(3) prévoit le droit d'invoquer les raisons d'ordre humanitaire pour interjeter appel du rejet de la demande d'établissement — Le tribunal a commis une erreur pour avoir pondéré les raisons d'ordre humanitaire par le fardeau excessif que l'admission du père imposerait probablement aux services médicaux et sociaux du Canada — Si le législateur avait voulu prévoir ce processus de pondération, il aurait employé la même formule qu'à l'art. 70(1)(b), savoir «compte tenu des circonstances de l'es-pèce» — Le tribunal a commis une erreur faute d'avoir considéré à part les raisons d'ordre humanitaire qui justifieraient l'octroi d'une mesure spéciale au bénéfice de la mère et du frère — Ni la Loi ni le Règlement n'oblige le tribunal, dans l'exercice de sa compétence en equity, à rendre la même décision à l'égard de chacun des trois intéressés — Le tribunal a commis une erreur pour avoir appliqué l'art. 6(1) du Règlement — L'art. 6(1) s'applique «lorsqu'une personne appartenant à la catégorie de la famille présente une demande de visa d'immigrant» — Le père, la mère et le frère ont été dispensés de l'obligation de demander un visa — Certification de la question de savoir si le répondant de parents dispensés de l'obligation de demander un visa a droit d'appel sous le régime de l'art. 77(3).

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Processus d'enquête en matière d'immigration — Le tribunal est habilité par l'art. 77(3) de la Loi sur l'immigration à connaître de l'appel contre le rejet de la demande d'établissement faite à l'intérieur du Canada par le père, la mère et le frère du requérant — L'art. 77(1) autorise l'agent d'immigration ou l'agent des visas à

meeting requirements of Act, regulations — Refusals appealable under s. 77(3) — “Member of family class” not limited to those issued immigration visas — As contemplating action by “immigration officer”, including those performing functions within Canada, s. 77(1) contemplating refusal of applications from within Canada regardless of whether applicants have visas — Whether “member of family class” in s. 77(1) referring only to those having applied for visas certified question.

This was an application for judicial review of the Immigration and Refugee Board, Appeal Division's dismissal of an appeal from the denial of an application for landing of the applicant's father, mother and brother from Fiji. The applicant had given a ten-year undertaking of assistance for his father, mother and brother, who were exempted by orders in council from the requirement of applying for and obtaining a visa before coming to Canada. Subsequently, the father was determined to be medically inadmissible. *Immigration Act*, subsection 77(1) permits an immigration or visa officer to refuse to approve a sponsored application for landing where the member of the family class does not meet the requirements of the Act or regulations. Subsection 77(3) gives a right to appeal such a refusal on the ground that there exist compassionate or humanitarian considerations that warrant the granting of special relief. The Tribunal applied *Immigration Regulations, 1978*, paragraph 6(1)(a) (which stipulates that a family class applicant and his dependants must all be admissible before the application as a whole can be approved) in concluding that the father's medical inadmissibility rendered his dependants inadmissible. The Tribunal found that the favourable humanitarian and compassionate considerations did not outweigh the excessive demands that the father's admission was likely to place on Canadian medical or social services.

The issues were: (1) whether the Tribunal had jurisdiction under Act, subsection 77(3) to entertain the appeal; (2) whether Regulations, subsection 6(1) applied; (3) whether the Court could consider an argument, not raised before the Tribunal, that *Immigration Act*, paragraph 19(2)(c) (which prohibits the admission of an immigrant if an accompanying family member may not be granted admission) rendered the applicant's mother and brother inadmissible; and (4) whether the humanitarian and compassionate considerations in favour of the applicant's mother and brother should have been considered separately from those affecting his father.

Held, the application should be allowed.

rejeter la demande parrainée d'établissement présentée par un parent qui ne remplit pas les conditions fixées par la Loi ou le Règlement — Le rejet est susceptible d'appel par application de l'art. 77(3) — Le concept de «parent» n'est pas limité aux personnes qui ont obtenu un visa d'immigrant — Du fait qu'il prévoit l'action de la part de «l'agent d'immigration», qui peut exercer ses fonctions à l'intérieur du Canada, l'art. 77(1) autorise le rejet de demandes d'établissement faites au Canada, que les demandeurs aient obtenu ou non un visa — Certification de la question de savoir le terme «parent» figurant à l'art. 77(1) s'entend uniquement de ceux qui ont demandé un visa.

Recours en contrôle judiciaire contre la décision de la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié qui a débouté le requérant de son appel contre le rejet de la demande d'établissement de son père, sa mère et son frère, originaires de Fidji. Le requérant s'était engagé à pourvoir pendant dix ans aux besoins de ces derniers, lesquels étaient dispensés par décret de l'obligation de demander et d'obtenir un visa avant de venir au Canada. Par la suite, il a été jugé que le père n'était pas admissible pour raisons d'ordre médical. Le paragraphe 77(1) de la *Loi sur l'immigration* habilite l'agent d'immigration ou l'agent des visas à rejeter une demande parrainée d'établissement si le parent ne remplit pas les conditions fixées par la Loi ou les règlements pris pour son application. Le paragraphe 77(3) prévoit le droit de faire appel contre ce rejet en invoquant les raisons d'ordre humanitaire justifiant l'octroi d'une mesure spéciale. Le tribunal a appliqué l'alinéa 6(1)a) du *Règlement sur l'immigration de 1978* (qui prévoit qu'un demandeur au titre de la famille ainsi que les personnes à sa charge doivent tous être admissibles avant que la demande puisse être accueillie comme un tout) pour conclure que l'exclusion du père pour raisons d'ordre médical entraînait l'exclusion des personnes à sa charge. Il a conclu que les facteurs favorables d'ordre humanitaire ne l'emportent pas sur le fardeau excessif que l'admission du père imposerait probablement aux services médicaux ou sociaux canadiens.

Il échet d'examiner: (1) si le tribunal avait compétence, sous le régime du paragraphe 77(3) de la Loi, pour connaître de l'appel; (2) si le paragraphe 6(1) du Règlement s'applique en l'espèce; (3) si la Cour peut prendre en considération l'argument, non proposé devant le tribunal, que l'alinéa 19(2)c) de la *Loi sur l'immigration* (qui interdit l'admission de l'immigrant accompagné d'un membre de sa famille qui ne peut être admis) a pour effet d'exclure la mère et le frère du requérant; et (4) s'il y a lieu de séparer les raisons d'ordre humanitaire favorables à la mère et au frère du requérant et les facteurs qui concernent directement son père.

Jugement: il faut accueillir la demande.

(1) The Tribunal had jurisdiction under subsection 77(3) to entertain the appeal. "Member of the family class", has never been limited to those who have been issued immigrant visas. Subsection 77(1) contemplates action by an immigration officer, who can be a person performing his or her functions within Canada. Thus, subsection 77(1) contemplates refusal to approve applications for landing that are formulated in Canada with respect to persons who fit the concept of "member of the family class", whether or not they have been issued visas.

(2) Regulations, subsection 6(1) did not apply. The opening words of subsection 6(1) are "where a member of the family class makes an application for an immigrant visa". The applicant's father, mother and brother did not apply for immigrant visas because they had been exempted from that requirement.

(3) Simply because a provision of law was not raised before the Tribunal does not mean that the Court is free to fail to apply it.

(4) The Tribunal erred in weighing countervailing considerations against the compassionate or humanitarian considerations. It must be presumed that the weighing process patently contemplated by the use of "having regard to all the circumstances" in Act, paragraph 70(1)(b) was not intended to apply in the application of paragraph 77(3)(b), which did not contain the same or similar language. Furthermore, neither the Act nor the Regulations required a uniform result from the Tribunal in the exercise of its equitable jurisdiction, in respect of each of the sponsored family members, who had other family in Canada and in Fiji. It was for the sponsored members of the family class to decide whether or not they would all return to Fiji.

The following questions were certified: (1) Does "member of the family class" in *Immigration Act*, subsection 77(1) refer only to a "member of the family class" who has made an application for an immigrant visa as prescribed in subsection 6(1) of the *Immigration Regulations*?

(2) Does a sponsor of an application for landing made in Canada by a member of the family class who has been granted an exemption from the application of *Immigration Act*, section 9 have a right of appeal pursuant to subsection 77(3)?

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 2(1) "immigrant", "member of the family class" (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 1), 3 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 2), 19(2)(c), 70(1) (as am. by

(1) Le tribunal avait, par application du paragraphe 77(3) de la Loi, compétence pour connaître de l'appel. Le concept de «parent» n'est limité nulle part aux personnes qui ont obtenu un visa d'immigrant. Le paragraphe 77(1) prévoit l'action de la part de l'agent d'immigration qui peut être une personne exerçant ses fonctions à l'intérieur du Canada. Le paragraphe 77(1) autorise donc le rejet de demandes d'établissement faites au Canada par des personnes qui présentent les caractéristiques propres au concept de «parent», qu'elles aient obtenu ou non un visa.

(2) Le paragraphe 6(1) du Règlement n'a pas application en l'espèce. Les premiers mots en sont «lorsqu'une personne appartenant à la catégorie de la famille présente une demande de visa d'immigrant». Ni le père ni la mère ni le frère du requérant n'a présenté une demande de visa d'immigrant, parce qu'ils en étaient dispensés.

(3) Ce n'est pas parce qu'un texte de loi n'était pas invoqué devant le tribunal qu'il est loisible à la Cour de ne pas l'appliquer.

(4) Le tribunal a commis une erreur en pondérant les raisons d'ordre humanitaire par d'autres facteurs. Il faut présumer que le processus de pondération, prescrit par l'alinéa 70(1)(b) de la Loi au moyen du membre de phrase «compte tenu des circonstances de l'espèce», doit être exclu de l'application de l'alinéa 77(3)(b), qui ne renferme pas des termes identiques ou similaires. Au surplus, ni la Loi ni le Règlement n'oblige le tribunal, dans l'exercice de sa compétence en *equity*, à rendre la même décision à l'égard de chacun des trois parents dont le requérant parraine la demande et qui ont d'autres parents au Canada et à Fidji. Il leur appartient de décider s'ils reviendraient ensemble à Fidji.

Les questions suivantes sont certifiées: (1) Le «parent» visé au paragraphe 77(1) de la *Loi sur l'immigration* ne s'entend-il que de la «personne appartenant à la catégorie de la famille» qui a fait une demande de visa d'immigrant sous le régime du paragraphe 6(1) du Règlement sur l'immigration?

(2) Le répondant qui parraine la demande d'établissement faite au Canada par une personne qui se réclame de la catégorie de la famille et qui a été dispensée de l'application du paragraphe 9(1) de la *Loi sur l'immigration*, a-t-il le droit de faire appel sous le régime du paragraphe 77(1) de la même loi?

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) «immigrant», «parent» (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 1), 3 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 2), 19(2)(c), 70(1) (mod. par L.C. 1995, ch.

S.C. 1995, c. 15, s. 13), (b) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18), 77(1), (3) (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 15), (a),(b), (3.01) (as enacted, *idem*), (3.1) (as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 68).

Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, ss. 2(1) "member of the family class" (as enacted by SOR/93-44, s. 1), 4 (as am. by SOR/85-225, s. 2; 88-286, s. 2; 88-537, s. 2), 5 (as am. by SOR/85-225, s. 2; 88-537, s. 2), 6(1) (as am. by SOR/79-167, s. 2; 83-675, s. 2; 92-101, s. 3) (a) (as am. by SOR/83-675, s. 2) (b)(i) (as am. by SOR/79-167, s. 2).

15, art. 13), b) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18), 77(1), (3) (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 15), a),b), (3.01) (édicte, *idem*), (3.1) (édicte par L.C. 1992, ch. 49, art. 68).

Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 2(1) «parent» (édicte par DORS/93-44, art. 1), 4 (mod. par DORS/85-225, art. 2; 88-286, art. 2; 88-537, art. 2), 5 (mod. par DORS/85-225, art. 2; 88-537, art. 2); 6(1) (mod. par DORS/79-167, art. 2; 83-675, art. 2; 92-101, art. 3) a) (mod. par DORS/83-675, art. 2), b)(i) (mod. par DORS/79-167, art. 2).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

R. v. McCraw, [1991] 3 S.C.R. 72; (1991), 66 C.C.C. (3d) 517; 7 C.R. (4th) 314; 128 N.R. 299; 49 O.A.C. 47; *Granger v. Canada Employment and Immigration Commission*, [1986] 3 F.C. 70; (1986), 29 D.L.R. (4th) 501; 69 N.R. 212 (C.A.); *affd* [1989] 1 S.C.R. 141; (1989), 91 N.R. 63.

REFERRED TO:

Gharu v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1988] F.C.J. No. 568 (C.A.) (QL); *Liyanagamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4 (F.C.A.).

APPLICATION for judicial review of Immigration and Refugee Board, Appeal Division's dismissal of an appeal from the refusal of the sponsored inland application for landing of family members because the humanitarian and compassionate considerations did not outweigh the excessive demands likely to be placed on Canada's medical and social services by the admission of one of those members (*Kirpal v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] I.A.D.D. No. 838 (QL)). Application allowed.

COUNSEL:

William J. Macintosh for applicant.
Leigh A. Taylor for respondent.

SOLICITORS:

William Macintosh Associates, Vancouver, for applicant.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

R. c. McCraw, [1991] 3 R.C.S. 72; (1991), 66 C.C.C. (3d) 517; 7 C.R. (4th) 314; 128 N.R. 299; 49 O.A.C. 47; *Granger c. Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada*, [1986] 3 C.F. 70; (1986), 29 D.L.R. (4th) 501; 69 N.R. 212 (C.A.); *conf. par* [1989] 1 R.C.S. 141; (1989), 91 N.R. 63.

DÉCISIONS CITÉES:

Gharu c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1988] A.C.F. n° 568 (C.A.) (QL); *Liyanagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1994), 176 N.R. 4 (C.A.F.).

DEMANDE de contrôle judiciaire contre la décision de la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, qui a débouté le requérant de son appel contre rejet de la demande parrainée d'établissement faite par des parents à l'intérieur du Canada par ce motif que les raisons d'ordre hmanitaire ne l'emportaient pas sur le fardeau excessif que l'admission de l'un de ces parents imposerait probablement aux services médicaux et sociaux du Canada (*Kirpal c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] I.A.D.D. n° 838 (QL)). Demande accueillie.

AVOCATS:

William J. Macintosh pour le requérant.
Leigh A. Taylor pour l'intimé.

PROCUREURS:

William Macintosh Associates, Vancouver, pour le requérant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

The following are the reasons for order rendered in English by

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

1 GIBSON J.: These reasons arise out of an application for judicial review of a decision of the Appeal Division (the Tribunal) of the Immigration and Refugee Board wherein the Tribunal determined that, while it had jurisdiction under subsection 77(3) of the *Immigration Act*¹ (the Act) to consider the applicant's appeal from the refusal to approve the sponsored in-land application for landing of his father, his mother and his brother from Fiji, the appeal should be dismissed. The decision of the Tribunal is dated February 22, 1996 [[1996] I.A.D.D. No. 838 (QL)].

1 LE JUGE GIBSON: Les présents motifs se rapportent à une demande de contrôle judiciaire introduite contre la décision en date du 22 février 1996 [[1996] I.A.D.D. n° 838 (QL)], par laquelle la section d'appel (le tribunal) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, tout en reconnaissant qu'elle avait, par application du paragraphe 77(3) de la *Loi sur l'immigration*¹ (la Loi), compétence pour entendre l'appel formé par le requérant contre le rejet de la demande parrainée d'établissement faite au Canada par son père, sa mère et son frère, originaires de Fidji, l'en a débouté.

2 The factual background to the application, which is not in dispute, is summarized in the reasons for decision of the Tribunal in the following terms [at paragraphs 4-8]:

2 Les faits de la cause, qui ne sont pas contestés, sont résumés dans les motifs de la décision du tribunal comme suit [aux paragraphes 4 à 8]:

Mr. Raj, [the applicant's father] his wife, and Sunil, [the applicant's brother] have been in Canada since December 1, 1987. They entered Canada as a [sic] visitor, but their visitor status expired on March 1, 1988 without further renewal. They claimed refugee status in Canada, . . .

[TRADUCTION] M. Raj [le père du requérant], son épouse et Sunil [le frère du requérant] se trouvent au Canada depuis le 1^{er} décembre 1987. Ils sont entrés au Canada à titre de visiteurs, mais leur statut de visiteurs est expiré le 1^{er} mars 1988 sans qu'il y eût prorogation. Ils ont revendiqué le statut de réfugiés au Canada, . . .

On November 6, 1990, the appellant [the applicant herein] gave an undertaking of assistance for ten years in favour of Mr. Raj, his wife and Sunil. At the same time, the three applicants applied to be exempted from subsection 9(1) of the Act, which requires all immigrants to apply for and obtain a visa before coming to Canada.

Le 6 novembre 1990, l'appellant [le requérant en l'espèce] s'est engagé par écrit à pourvoir pendant dix ans aux besoins de son père, de l'épouse de celui-ci et de Sunil. Au même moment, les trois demandeurs ont demandé à être dispensés de l'application du paragraphe 9(1) de la Loi, aux termes duquel les immigrants doivent demander et obtenir un visa avant de venir au Canada.

The official portion of the undertaking was completed by an immigration officer on December 31, 1990, who indicated that this was an "assisted relative" rather than a "family class" application. No explanation was offered as to why that was, since the three applicants were in fact members of the family class in relation to the appellant. Other immigration documents suggest that this was treated as a family class application.

L'engagement a été visé le 31 décembre 1990 par un agent d'immigration, qui indiquait à l'emplacement prévu à cet effet qu'il s'agissait d'une demande de «parent aidé», au lieu d'une demande de la «catégorie de la famille». Aucune explication n'a été donnée à ce sujet, alors que les trois demandeurs étaient en fait des parents de l'appellant. Il ressort d'autres documents d'immigration que l'affaire était instruite à titre de demande de la catégorie de la famille.

By two separate orders-in-council past [sic] on August 13, 1991, the three applicants were exempted from the requirements of subsection 9(1) of the Act and section 8 of the Regulations.

Par deux décrets pris le 13 août 1991, les trois demandeurs ont été dispensés de l'application du paragraphe 9(1) de la Loi et de l'article 8 du Règlement.

Subsequent to the issuance of these orders-in-council, Mr. Raj was determined to be medically inadmissible on the basis that he has dilated cardiomyopathy. [Citations omitted.]

Après la promulgation de ces décrets, M. Raj a été jugé non admissible pour raisons d'ordre médical, du fait qu'il souffre de cardiomyopathie avec dilatation du cœur. [Références occultées.]

3 Subsection 77(3) of the Act reads as follows:

Voici ce que prévoit le paragraphe 77(3) de la Loi: 3

77. . . .

77. . . .

(3) Subject to subsections (3.01), (3.02)* 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:

(3) S'il est citoyen canadien ou résident permanent, le répondant peut, sous réserve des paragraphes (3.01), (3.02)* et (3.1), en appeler devant la section d'appel en invoquant les moyens suivants:

(a) on any ground of appeal that involves a question of law or fact, or mixed law and fact; and

a) question de droit, de fait ou mixte;

(b) on the ground that there exist compassionate or humanitarian considerations that warrant the granting of special relief.

b) raisons d'ordre humanitaire justifiant l'octroi d'une mesure spéciale.

Subsections 77(3.01) [as enacted, *idem*], (3.02)* and (3.1) [as enacted, *idem*] are not relevant for the purposes of this application. The applicant appealed on both grounds provided for in subsection 77(3).

Les paragraphes 77(3.01) [édicte, *idem*], (3.02)* et (3.1) [édicte, *idem*] n'ont pas application en l'espèce. Le requérant fonde son appel sur les deux moyens prévus au paragraphe 77(3).

4 As indicated earlier, the Tribunal determined that it had jurisdiction to entertain the applicant's appeal. In reaching this determination, it found the application to be a family class application for landing, that the sponsored applicants were in fact members of the family class in relation to the applicant at all relevant times and, finally, that the application for landing was sponsored by the applicant who was a Canadian citizen or permanent resident.

Comme noté *supra*, le tribunal a conclu qu'il avait compétence pour entendre l'appel du requérant. Pour parvenir à cette décision, il a conclu qu'il s'agissait en l'espèce d'une demande d'établissement de la catégorie de la famille, que les demandeurs parrainés étaient effectivement des parents du requérant pendant toute la période considérée et, enfin, que leur demande était parrainée par le requérant qui était citoyen ou résident permanent du Canada. 4

5 The Tribunal determined that the refusal of the applicant's father's application for landing was "valid in law." It stated [at paragraphs 23-24]:

Le tribunal a jugé que le rejet de la demande d'établissement du père du requérant était «juridiquement valide». Voici ce qu'on peut lire dans les motifs de sa décision [aux paragraphes 23 à 24]: 5

. . . I do not accept the argument of counsel for the appellant that Mr. Raj has acquired the right to be landed. I find that the Department was entitled to refuse Mr. Raj's application for landing based on his medical inadmissibility.

[TRADUCTION] . . . je n'accepte pas l'argument proposé par l'avocat de l'appelant que M. Raj a acquis le droit d'établissement. Je conclus que le Ministère était en droit de rejeter la demande d'établissement de M. Raj du fait de son exclusion pour raisons d'ordre médical.

There not being any challenge in law to the medical refusal itself, I find that the refusal in respect to Mr. Raj is valid in law.

Le rejet pour raisons d'ordre médical ne faisant l'objet d'aucune contestation sur le plan juridique, je conclus que le rejet de M. Raj est juridiquement valide.

* S. 77 (3.02) was never enacted.

* L'art. 77 (3.02) n'a jamais été édicte.

6 The Tribunal then turned to the question of the entitlement of the applicant's mother and brother to be landed. It wrote [at paragraphs 27-29 and 32]:

Paragraph 6(1)(a) of the Regulations stipulates that a family class applicant and his or her dependants must all be admissible before the application as a whole can be approved. Presumably, this is predicated on the objective of family reunion, and an immigration policy that creates division between a family class applicant and his or her dependants would contradict that objective. . . . I am of the view that paragraph 6(1)(a) of the Regulations applies to this application.

For the reasons already stated, I am also not persuaded that a factual determination was ever made that Mrs. Raj and Sunil have met or appeared to have met the requirement in paragraph 6(1)(a) of the Regulations. Even though Mrs. Raj and Sunil passed their own medical, criminality and security checks, they remain bound by paragraph 6(1)(a) of the Regulations.

Following Gharu, Kuldip Kaur v. M.E.I., a family class application cannot be split to exclude the medically inadmissible applicant. The medical inadmissibility of Mr. Raj caused his dependants to be inadmissible. Furthermore, even if Mrs. Raj were cast as the principal applicant, Mr. Raj as her spouse is her "dependant" as defined by the Regulations. His medical inadmissibility will again cause her and Sunil to be inadmissible.

...

Given my findings, the appeal pursuant to paragraph 77(3)(a) of the Act fails, and is dismissed in regard to all three applicants.²

7 The Tribunal then turned to the appeal before it on humanitarian and compassionate grounds, that is, under paragraph 77(3)(b) of the Act. It recited a number of humanitarian and compassionate considerations in favour of the applicant's father, mother or brother. It then stated [at paragraph 45]:

On the other hand, I need to weigh the extent of the legal impediment against the strength of the humanitarian and compassionate factors which are present.

After doing so, the Tribunal concluded in the following terms [at paragraphs 53-54]:

6 Examinant ensuite la question du droit à l'établissement de la mère et du frère du requérant, le tribunal a conclu en ces termes [aux paragraphes 27 à 29 et 32]:

[TRADUCTION] L'alinéa 6(1)a) du Règlement prévoit qu'un demandeur au titre de la famille ainsi que les personnes à sa charge doivent tous être admissibles avant que la demande puisse être accueillie comme un tout. Il est à présumer que cette règle découle de l'objectif de réunification des familles, et une politique d'immigration qui sépare le demandeur au titre de la famille et les personnes à sa charge irait à l'encontre de cet objectif. . . . J'estime que l'alinéa 6(1)a) du Règlement s'applique à la demande en instance.

Pour les motifs susmentionnés, je ne suis pas convaincu non plus qu'il ait jamais été jugé, à la lumière des faits, que M^{me} Raj et Sunil satisfont à la condition prévue à l'alinéa 6(1)a) du Règlement. Bien que l'une et l'autre aient satisfait aux conditions d'examen médical, de casier judiciaire et de vérification de sécurité, ils demeurent soumis à l'application de l'alinéa 6(1)a) du Règlement.

À la suite de la jurisprudence Gharu, Kuldip Kaur c. M.E.I., une demande de la catégorie de la famille ne peut plus être scindée afin d'exclure le demandeur non admissible pour raisons d'ordre médical. L'exclusion de M. Raj pour raisons d'ordre médical fait que les personnes à sa charge ne sont pas admissibles non plus. D'ailleurs, à supposer que M^{me} Raj soit considérée comme la demanderesse principale, M. Raj qui est son époux est la «personne à charge» selon la définition qu'en donne le Règlement. À cet égard encore, l'exclusion de ce dernier pour raisons d'ordre médical fait qu'elle-même et Sunil ne sont pas admissibles.

...

À la lumière des conclusions ci-dessus, l'appel interjeté sous le régime de l'alinéa 77(3)a) de la Loi n'est pas fondé; il est rejeté à l'égard des trois demandeurs².

7 Le tribunal a encore examiné l'appel sous l'angle des raisons d'ordre humanitaire, en application de l'alinéa 77(3)b) de la Loi. Après avoir évoqué diverses raisons d'ordre humanitaire favorables au père, à la mère et au frère du requérant, il a fait l'observation suivante [au paragraphe 45]:

[TRADUCTION] Je dois encore mettre dans la balance l'ampleur de l'obstacle posé par la loi d'une part, et la force des raisons d'ordre humanitaire qui entrent en ligne de compte, de l'autre.

Et de conclure en ces termes [aux paragraphes 53 et 54]:

I am sympathetic to the applicants' circumstances. Nevertheless, weighing the favourable factors, and particularly the applicants' establishment and support in Canada and the better medical care and social services which would be available to Mr. Raj in Canada, against the excessive demands that Mr. Raj's admission is likely to place on Canadian medical or social services, I am unable to find that the favourable factors outweigh the legal impediment.

I therefore find that the appeal pursuant to paragraph 77(3)(b) of the Act fails. The appeal is dismissed with respect to all three applicants.

8 Three issues were argued before me. First, counsel for the respondent urged that the Tribunal erred in concluding that it had jurisdiction under subsection 77(3) of the Act to entertain the appeal that was before it. Second, counsel for the applicant urged that the Tribunal erred in concluding that subsection 6(1) of the *Immigration Regulations, 1978*³ applied to render the applicant's mother and brother inadmissible. Further, counsel argued, I should not consider the respondent's argument that paragraph 19(2)(c) of the Act rendered the applicant's mother and brother inadmissible since that was not a question raised before the Tribunal and was not addressed in the Tribunal's decision. Finally, counsel for the applicant argued that the Tribunal erred in its decision regarding humanitarian and compassionate considerations by engaging in a weighing of the humanitarian and compassionate considerations in favour of the applicant's father, mother and brother against the impact of the applicant's father's medical condition. The issue of whether or not humanitarian and compassionate considerations in favour of the applicant's mother and brother should have been separately considered from factors directly affecting the applicant's father was also briefly raised, primarily by the Court.

JURISDICTION

9 At the time the applicant sponsored his father, mother and brother, sections 4 [as am. by SOR/85-225, s. 2; 88-286, s. 2; 88-537, s. 2] and 5 [as am. by SOR/85-225, s. 2; 88-537, s. 2] of the Regulations authorized a person such as the applicant to sponsor his father, mother and brother. Those provisions appeared under the heading "Members of the

[TRADUCTION] Je sympathise avec les demandeurs. Néanmoins, après avoir mis dans la balance les facteurs favorables, en particulier l'implantation des demandeurs au Canada, le soutien dont ils y jouissent ainsi que les meilleurs services médicaux et services sociaux qui seraient à la disposition de M. Raj, d'une part, et le fardeau excessif que son admission imposerait probablement aux services médicaux ou sociaux canadiens, je n'ai pu conclure que les facteurs favorables l'emportent sur l'obstacle juridique.

Par ce motif, je conclus que l'appel interjeté sous le régime de l'alinéa 77(3)b) de la Loi n'est pas fondé, et le rejette à l'égard des trois demandeurs.

8 Trois points litigieux ont été débattus à l'audience. L'avocate de l'intimé soutient que le tribunal a commis une erreur en concluant qu'il avait compétence, sous le régime du paragraphe 77(3) de la Loi, pour connaître de l'appel soumis à son examen. De son côté, l'avocat du requérant soutient que le tribunal a commis une erreur en concluant que le paragraphe 6(1) *Règlement sur l'immigration de 1978*³ s'applique de façon à exclure la mère et le frère de ce dernier. En outre que l'intimé n'est pas recevable à soutenir que l'alinéa 19(2)c) de la Loi a pour effet d'exclure la mère et le frère du requérant, puisque cette question n'a pas été soulevée devant le tribunal ni n'a été examinée par celui-ci dans sa décision. Et enfin que le tribunal a commis une erreur dans sa conclusion en matière de raisons d'ordre humanitaire, en mettant dans la balance les facteurs favorables au père, à la mère et au frère du requérant d'une part, et les répercussions de l'état de santé du père d'autre part. La question de savoir s'il y a lieu de séparer les raisons d'ordre humanitaire favorables à la mère et au frère du requérant et les facteurs qui concernent directement son père, a été aussi brièvement abordée, surtout par la Cour.

LA QUESTION DE LA COMPÉTENCE

9 À l'époque où le requérant parrainait la demande de son père, de sa mère et de son frère, les articles 4 [mod. par DORS/85-225, art. 2; 88-286, art. 2; 88-537, art. 2] et 5 [mod. par DORS/85-225, art. 2; 88-537, art. 2] du Règlement avaient pour effet de l'y autoriser. Ces dispositions figuraient sous le titre «Parent» et valaient dans les faits définition du

Family Class” and for all intents and purposes, defined the expression “member of the family class”. More recently, a definition “member of the family class” has been added to subsection 2(1) [SOR/93-44, s. 1] of the Regulations and, under that definition, the applicant’s father, mother and brother were, and remain, members of the family class in relation to the applicant.

terme «parent». Plus récemment, une définition de «parent» a été ajoutée au paragraphe 2(1) [DORS/93-44, art. 1] du Règlement et, selon cette définition, le père, la mère et le frère du requérant étaient et demeurent ses parents.

10 The relevant portion of subsection 6(1) of the Regulations at present reads as follows:

Le passage applicable du paragraphe 6(1) du Règlement, tel qu’il est actuellement en vigueur, prévoit ce qui suit: 10

6. (1) Subject to subsections (1.1), (3.1), (3.2), (4), (5) and (6), where a member of the family class makes an application for an immigrant visa, a visa officer may issue an immigrant visa to the member and the member’s accompanying dependants if

6. (1) Sous réserve des paragraphes (1.1), (3.1), (3.2), (4), (5) et (6), lorsqu’une personne appartenant à la catégorie, de la famille présente une demande de visa d’immigrant, l’agent des visas peut lui en délivrer un ainsi qu’à toute personne à charge qui l’accompagne:

a) he and his dependants, whether accompanying dependants or not, are not members of any inadmissible class and otherwise meet the requirements of the Act and these Regulations;

a) si elle et les personnes à sa charge, qu’elles l’accompagnent ou non, ne font pas partie d’une catégorie de personnes non admissibles et satisfont aux exigences de la Loi et du présent règlement;

b) the sponsor

b) si le répondant

(i) has given an undertaking,

(i) s’est engagé,

While subsection 6(1) of the Regulations has been modified somewhat since the applicant sponsored his father, mother and brother and visa exemptions were granted to them, the modifications, I conclude, are not relevant for the purposes of this matter.

Le paragraphe 6(1) du Règlement a subi une certaine modification depuis l’époque où le requérant parrainait la demande de son père, de sa mère et de son frère, et où ils obtenaient une dispense de visa, mais cette modification n’a aucun rapport avec l’affaire en instance.

11 Subsection 2(1) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 1] of the Act provides that, for the purposes of the Act, “member of the family class” has the meaning assigned by the regulations.

Le paragraphe 2(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 1] de la Loi prévoit que pour l’application de cette dernière, «parent» s’entend au sens des règlements. 11

12 Subsection 77(1) of the Act provides as follows:

Le paragraphe 77(1) de la Loi porte: 12

77. (1) Where a person has sponsored an application for landing made by a member of the family class, an immigration officer or a visa officer, as the case may be, may refuse to approve the application on the grounds that

77. (1) L’agent d’immigration ou l’agent des visas, selon le cas, peut rejeter une demande parrainée d’établissement présentée par un parent pour l’un ou l’autre des motifs suivants—dont doit être alors informé le répondant:

(a) the person who sponsored the application does not meet the requirements of the regulations respecting persons who sponsor applications for landing, or

a) le répondant ne remplit pas les conditions fixées par les règlements;

(b) the member of the family class does not meet the requirements of this Act or the regulations,

b) le parent ne remplit pas les conditions fixées par la présente loi et ses règlements.

and the person who sponsored the application shall be informed of the reasons for the refusal.

It is refusals made pursuant to subsection 77(1) of the Act that are appealable to the Tribunal under subsection 77(3). Counsel for the respondent argued that, reading the Act and Regulations as a whole, and particularly in light of the immigration objectives declared by section 3 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 2] of the Act, the reference to member of the family class in subsection 77(1) must be read as a member of the family class to whom an immigrant visa has been issued under subsection 6(1) of the Regulations. Since immigrant visas were not issued to the applicant's father, mother and brother by reason of the fact that they were exempted from the visa requirements and permitted to apply for landing from within Canada, counsel argued the immigration officer who denied landing to the applicant's father, mother and brother did not act under subsection 77(1) of the Act and therefore no appeal lies under subsection 77(3) in respect of her or his decision.

13 With great respect, the plain meaning of the words of subsection 77(1) of the Act simply do not support the position of counsel for the respondent. At no time has the concept or definition of "member of the family class", for the purposes of the Act as well as the Regulations been limited to those who have been issued immigrant visas. Subsection 77(1) clearly contemplates action by an "immigration officer" as well as action by a "visa officer". Visa officers are certain immigration officers stationed outside Canada. Immigration officers, on the other hand, can be, and often are, persons performing their functions within Canada. Thus, subsection 77(1) clearly contemplates refusal to approve applications for landing that are formulated in Canada with respect to persons who fit the concept "member of the family class" whether or not they have been issued visas. In *R. v. McCraw*,⁴ Mr. Justice Cory stated:

It is well settled that words contained in a statute are to be given their ordinary meaning. Other principles of statutory interpretation only come into play where the words sought to be defined are ambiguous.

C'est le rejet fondé sur le paragraphe 77(1) de la Loi qui peut être porté en appel devant le tribunal sous le régime du paragraphe 77(3). L'avocate de l'intimé soutient que si on considère la Loi et le Règlement à la lumière l'un de l'autre, en particulier à la lumière des objectifs de la politique d'immigration qui figurent à l'article 3 [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 2] de la Loi, le parent dont il est question au paragraphe 77(1) doit s'entendre du parent qui a obtenu un visa d'immigrant en application du paragraphe 6(1) du Règlement. Étant donné qu'aucun visa d'immigrant n'a été délivré au père, à la mère ou au frère du requérant puisqu'ils en étaient dispensés et étaient autorisés à faire leur demande d'établissement à l'intérieur du Canada, l'avocate de l'intimé soutient que l'agent d'immigration qui leur a refusé le droit d'établissement ne l'a pas fait sous le régime du paragraphe 77(1) de la Loi et que par conséquent, sa décision ne peut pas faire l'objet de l'appel visé au paragraphe 77(3).

Le sens évident des termes figurant au paragraphe 77(1) de la Loi ne s'accommode pas de cet argument de l'avocate de l'intimé. Dans le contexte de la Loi comme du Règlement, le concept ou la définition de «parent» n'est limité nulle part aux personnes qui ont obtenu un visa d'immigration. Le paragraphe 77(1) prévoit sans équivoque l'action de la part de «l'agent d'immigration» comme de «l'agent des visas». Les agents des visas sont des agents d'immigration en service à l'étranger. Par contre, les agents d'immigration peuvent exercer, et exercent souvent, leurs fonctions à l'intérieur du Canada. Le paragraphe 77(1) autorise donc manifestement le rejet de demandes d'établissement faites au Canada par des personnes qui présentent les caractéristiques propres au concept «parent», qu'elles aient obtenu ou non un visa. Dans *R. c. McCraw*⁴, le juge Cory a fait l'observation suivante:

Il est bien établi qu'il faut donner aux termes contenus dans une loi leur sens ordinaire. Les autres principes d'interprétation législative n'entrent en jeu que lorsque les termes à définir sont ambigus.

I conclude that the words of subsection 77(1) of the Act are not ambiguous. Thus, they should be given their ordinary meaning. It would be incorrect to seek in them some other meaning that might conceivably be derived by reference to immigration objectives and "the general scheme of the Act."

Je conclus que les termes figurant au paragraphe 77(1) n'ont rien d'ambigu et qu'il faut les saisir dans leur sens ordinaire. Il serait incorrect d'y détecter quelque autre signification par référence aux objectifs de la politique d'immigration et à «l'économie générale de la Loi».

14 I conclude that the Tribunal made no reviewable error in concluding that it had jurisdiction under subsection 77(3) of the Act to entertain the appeal that is the subject of this judicial review.

Je conclus que le tribunal n'a pas commis une 14
erreur susceptible de contrôle judiciaire en concluant qu'il avait, par application du paragraphe 77(3) de la Loi, compétence pour connaître de l'appel visé par le recours en contrôle judiciaire en instance.

ENTITLEMENT TO LANDING

DROIT À L'ÉTABLISSEMENT

15 As indicated earlier in these reasons, the Tribunal did not have before it any challenge in law to the refusal to land the applicant's father on medical grounds. Similarly, before the Court, no error was alleged on the part of the immigration officer or the Tribunal with regard to their findings on refusal to land the applicant's father.

Comme noté *supra*, aucun argument juridique n'a 15
été proposé devant le tribunal pour contester le refus, pour raisons d'ordre médical, d'accorder le droit d'établissement au père du requérant. De même, devant la Cour, le requérant n'a argué d'aucune erreur de la part de l'agent d'immigration ou du tribunal pour ce qui est des motifs de rejet de la demande d'établissement de son père.

16 The Tribunal found the applicant's mother and brother not entitled to be landed because they, as dependants of the applicant's father, or, alternatively, as a principal applicant and a dependant with the applicant's father being a second dependant, failed to meet the requirements of paragraph 6(1)(a) of the Regulations; that is to say, one of the three family class applicants was medically inadmissible. In reaching this conclusion, the Tribunal simply failed to have regard to the opening words of subsection 6(1) of the Regulations. The subsection is conditioned by the words "where a member of the family class makes an application for an immigrant visa". None of the applicant's father, mother and brother made an application for an immigrant visa. They had been exempted by order in council from the requirement to do so. Thus, subsection 6(1) of the Regulations simply was inapplicable to the applicant's father, mother and brother and, as conceded by counsel for the respondent, in this respect, the Tribunal erred.

Le tribunal a conclu que la mère et le frère du 16
requérant n'avaient pas droit à l'établissement par ce motif que, étant les personnes à la charge du père du requérant ou, subsidiairement, étant la demanderesse principale avec deux personnes à charge dont le père du requérant, ils ne remplissaient pas les conditions prévues à l'alinéa 6(1)a) du Règlement, du fait que l'un des trois demandeurs de la catégorie de la famille n'était pas admissible pour raisons d'ordre médical. En tirant cette occasion, le tribunal a tout simplement ignoré les premiers mots du paragraphe 6(1) du Règlement. Ce paragraphe est modulé par le membre de phrase «lorsqu'une personne appartenant à la catégorie de la famille présente une demande de visa d'immigrant». Ni le père ni la mère ni le frère du requérant n'a présenté une demande de visa d'immigrant. Ils en étaient dispensés par décret. Il s'ensuit que le paragraphe 6(1) du Règlement ne s'appliquait pas du tout à leur égard et, ainsi que l'a reconnu l'avocate de l'intimé, le tribunal a commis une erreur sur ce point.

17 Nonetheless, counsel for the respondent argued that the Tribunal arrived at the right result with

L'avocate de l'intimé soutient néanmoins que le 17
tribunal est parvenu à la bonne décision en ce qui

regard to the question of the entitlement of the applicant's mother and brother to be landed, albeit for the wrong reasons. Counsel referred me to paragraph 19(2)(c) of the Act. The relevant portion of subsection 19(2) reads as follows:

19. . . .

(2) No immigrant and, except as provided in subsection (3), no visitor shall be granted admission if the immigrant or visitor is a member of any of the following classes:

. . .

(c) other members of a family accompanying a member of that family who may not be granted admission or who is not otherwise authorized to come into Canada; or

«Immigrant» is defined in subsection 2(1) of the Act to mean a person who is seeking landing. Thus, the applicant's father, mother and brother were immigrants. One of them, it was conceded, the applicant's father, could not be granted admission, that is to say, landing, by reason of his medical condition. Thus, counsel argued, the applicant's mother and brother, as other members of a family «accompanying» the applicant's father could not be granted admission.

18 This argument was apparently not made before the Tribunal. Certainly it is not reflected directly in the decision of the Tribunal.

19 Counsel for the applicant argued that, since this issue was not raised before the Tribunal, it is inappropriate to raise it in this Court and I should not consider it. I reject this argument. In *Granger v. Canada Employment and Immigration Commission*,⁵ Mr. Justice Pratte wrote:

The applicant's argument therefore comes down to this: the Umpire erred because, so as to avoid causing injury to the applicant, he should have refused to apply the law.

Once the applicant's argument is seen in its true light it is clear that it must be dismissed. A judge is bound by the law. He cannot refuse to apply it, even on grounds of equity.

The same might be said of my position here. Simply because a provision of law was not argued before

concerne le droit à l'établissement de la mère et du frère du requérant, quoique par des mauvais motifs. Elle cite à cet effet l'alinéa 19(2)c) de la Loi, qui porte:

19. . . .

(2) Appartiennent à une catégorie non admissible les immigrants et, sous réserve du paragraphe (3), les visiteurs qui:

. . .

c) accompagnent un membre de leur famille qui ne peut être admis ou n'est pas par ailleurs autorisé à entrer au Canada;

«Immigrant» est défini au paragraphe 2(1) de la Loi comme étant la personne qui sollicite l'établissement. Le père, la mère et le frère du requérant étaient donc des immigrants. Il est reconnu que l'un d'eux, le père du requérant, ne pouvait être admis en raison de son état de santé. L'avocate de l'intimé en conclut que la mère et le frère du requérant, étant les autres membres de la famille «qui accompagnaient» le père, ne pouvaient être admis non plus.

Cet argument n'a apparemment pas été proposé 18 devant le tribunal. Il ne se retrouve en tout cas pas directement dans la décision de ce dernier.

L'avocat du requérant soutient que cette question, 19 n'ayant pas été soulevée devant le tribunal, ne saurait être débattue devant la Cour. Je rejette cet argument. Dans *Granger c. Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada*⁵, le juge Pratte fait observer ce qui suit:

En conséquence, la prétention du requérant ne peut être autre chose que celle-ci: le juge-arbitre s'est trompé parce qu'il aurait dû, pour éviter de causer préjudice au requérant, refuser d'appliquer la loi.

Il suffit de voir la prétention du requérant sous son vrai jour pour constater qu'elle doit être rejetée. Le juge est lié par la loi. Il ne peut, même pour des considérations d'équité, refuser de l'appliquer.

On peut en dire de même en l'espèce. Ce n'est pas parce qu'un texte de loi n'était pas invoqué devant

the Tribunal, I am not at liberty to fail to apply it when it is raised before me.

le tribunal qu'il m'est loisible de ne pas l'appliquer alors qu'une partie en fait état devant la Cour.

20 Thus, I conclude that, for the wrong reasons, the Tribunal reached the right conclusion in law with respect to the entitlement to landing of the applicant's mother and brother. They could not be landed by reason of the medical condition of the applicant's father who was an "accompanying" member of the family who could not be granted admission.

20 Je conclus en conséquence que le tribunal, par de mauvais motifs, est parvenu à la bonne conclusion au sujet de l'admissibilité au droit d'établissement de la mère et du frère du requérant. Ils ne pouvaient se voir accorder le droit d'établissement à cause de l'état de santé du père du requérant qui était un membre de la famille «accompagnant» et qui ne pouvait être admis.

HUMANITARIAN AND COMPASSIONATE GROUNDS

RAISONS D'ORDRE HUMANITAIRE

21 For ease of reference, I repeat the relevant portions of subsection 77(3) conferring jurisdiction on the Tribunal in this regard:

21 Pour plus de commodité, voici de nouveau la disposition applicable du paragraphe 77(3) qui investit le tribunal de la compétence en la matière:

77. . . .

77. . . .

(3) . . . a Canadian citizen or permanent resident who has sponsored an application for landing that is refused pursuant to subsection (1) may appeal to the Appeal Division on either or both of the following grounds:

(3) S'il est citoyen canadien ou résident permanent, le répondant peut . . . en appeler devant la section d'appel en invoquant les moyens suivants:

. . .

. . .

(b) on the ground that there exist compassionate or humanitarian considerations that warrant the granting of special relief.

b) raisons d'ordre humanitaire justifiant l'octroi d'une mesure spéciale.

Counsel for the applicant argued that these words should be contrasted with similar, but quite different, words in subsection 70(1) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1995, c. 15, s. 13] of the Act that confer jurisdiction on the Appeal Division where a removal order or conditional removal order is made against, among others, a permanent resident. There, the Appeal Division's equitable jurisdiction is conferred in the following terms:

Selon l'avocat du requérant, il faut opposer ces mots au membre de phrase qu'on retrouve au paragraphe 70(1) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1995, ch. 15, art. 13] de la Loi qui donne compétence à la section d'appel en cas d'ordonnance de renvoi ou de renvoi conditionnel prise entre autres contre un résident permanent, mais qui n'a pas du tout le même sens. Dans ce dernier cas, la compétence en *equity* de la section d'appel est prévue en ces termes:

70. (1) . . .

70. (1) . . .

(b) on the ground that, having regard to all the circumstances of the case, the person should not be removed from Canada.

b) le fait que, eu égard aux circonstances particulières de l'espèce, ils ne devraient pas être renvoyés du Canada.

Counsel argued that, under the words conferring jurisdiction in subsection 70(1), it is appropriate,

Voici l'argument proposé par l'avocat du requérant. Dans le contexte des dispositions attributives de

indeed obligatory, that the Appeal Division have regard to all of the circumstances of the case, not merely the humanitarian and compassionate considerations that may weigh in favour of the appellant, but also any and all of the countervailing circumstances. By contrast, counsel argued the words conferring jurisdiction under subsection 77(3) relate only to compassionate or humanitarian considerations that would warrant granting special relief. Countervailing factors, it is argued, have no place for consideration in the jurisdiction of the Appeal Division, that is to say the Tribunal, under paragraph 77(3)(b).

22 In this matter, the Tribunal in its decision identified a range of compassionate or humanitarian considerations tending to warrant the granting of special relief. Against those, it weighed countervailing considerations. It wrote [at paragraph 45]:

On the other hand, I need to weigh the extent of the legal impediment against the strength of the humanitarian or compassionate factors which are present.

I am satisfied that the Tribunal erred in engaging in this weighing process. If Parliament had intended the Tribunal to do so, it could very easily have adopted identical or very similar words to those in paragraph 70(1)(b) of the Act. It did not do so. In failing to do so, it must be presumed to have intended a different result. The only different result that I can conceive of is that the weighing process patently contemplated by the words of paragraph 70(1)(b) was not intended to apply in the application of paragraph 77(3)(b).

23 Further, on the face of its decision, the Tribunal failed to consider whether or not compassionate or humanitarian considerations found to apply with respect to the applicant's mother and brother warranted the granting of special relief to them, whether or not the granting of special relief in favour of the applicant's father could be found to be warranted. I was referred to nothing on the face of the Act and Regulations that requires a uniform result from the Tribunal in the exercise of its equitable jurisdiction, in respect of each of the three family members of

compétence du paragraphe 70(1), il est indiqué, voire impératif, pour la section d'appel de prendre en compte toutes les circonstances de la cause, non seulement les raisons d'ordre humanitaire qui pourraient être favorables à l'appelant, mais tous les facteurs qui s'opposent à une mesure de renvoi. Par contraste, les termes attributifs de compétence du paragraphe 77(3) se limitent aux raisons d'ordre humanitaire qui justifient l'octroi d'une mesure spéciale. Les facteurs défavorables n'entrent nullement en ligne de compte dans l'exercice de la compétence de la section d'appel, c'est-à-dire du tribunal, sous le régime de l'alinéa 77(3)b).

À cet égard, le tribunal a relevé dans sa décision 22 diverses raisons d'ordre humanitaire en faveur de l'octroi d'une mesure spéciale. Il les a mises dans la balance contre les facteurs défavorables, et a conclu [au paragraphe 45]:

[TRADUCTION] Je dois encore mettre dans la balance l'ampleur de l'obstacle posé par la loi d'une part, et la force des raisons d'ordre humanitaire qui entrent en ligne de compte, de l'autre.

Je conclus que le tribunal a commis une erreur en engageant ce processus de pondération. Si telle avait été la volonté du législateur, il aurait pu facilement employer des termes identiques ou très similaires à ceux figurant à l'alinéa 70(1)b) de la Loi. Il ne l'a pas fait, ce qui oblige à présumer qu'il visait un résultat tout autre. Le seul autre résultat que je puisse concevoir est que le processus de pondération visiblement prévu à l'alinéa 70(1)b) devait être exclu de l'application de l'alinéa 77(3)b).

Par ailleurs, il ressort de sa décision que le tribunal n'a pas examiné si les raisons d'ordre humanitaire, à l'existence desquelles il a conclu en faveur de la mère et du frère du requérant, justifiaient de leur octroyer une mesure spéciale, qu'il y eût lieu ou non d'octroyer cette mesure spéciale au père. Je ne vois rien dans les termes de la Loi qui oblige le tribunal, dans l'exercice de sa compétence en *equity*, à rendre la même décision à l'égard de chacun des trois parents dont le requérant parrainait la demande. L'avocate de l'intimé soutient qu'une différence de 23

the applicant sponsored by him. Counsel for the respondent argued that, to differentiate among members of the family class in the granting of equitable relief would be inconsistent with the principle of family reunification. I think not. On the facts of this matter, the applicant's family members sponsored by him had other family members both in Canada and in Fiji. Assuming different results, it would have been for the sponsored members of the family class and, perhaps, for other members of their family, to determine whether the sponsored family members would all return to Fiji or would choose to separate between Fiji and Canada.

24 In the result, this application will be allowed on the basis that the Tribunal erred in the exercise of its compassionate or humanitarian considerations jurisdiction. The matter will be referred back to the Immigration and Refugee Board for rehearing and redetermination by a differently constituted panel, taking into account these reasons.

25 In written submissions, counsel for the applicant recommended certification of the following question as a serious question of general importance arising out of my decision and these reasons, a draft of these reasons having been provided to him for his consideration:

Does the Federal Court, Trial Division, exceed its jurisdiction on judicial review under section 82.1 of the *Immigration Act* of a decision made by the Immigration and Refugee Board under section 77 of the *Immigration Act*, in making findings of fact on issues within the exclusive jurisdiction of the Board, when those matters were not raised before the Board and the Applicant has had no opportunity to adduce evidence on that issue?

Counsel urged that the proposed question arises in this matter by reason of my finding that paragraph 19(2)(c) of the *Immigration Act* applies so as to make the applicant's mother and brother inadmissible to Canada. I disagree. No finding of fact was made by me in reaching the conclusion that I have with respect to paragraph 19(2)(c). I relied on facts as found by the Tribunal. My conclusion was one of

traitement dans la réparation en *equity* accordée aux membres de la même famille irait à l'encontre du principe de la réunification des familles. Je ne le pense pas. Il ressort de l'examen des faits de la cause que les parents dont le requérant parraine la demande ont d'autres parents à la fois au Canada et à Fidji. À supposer que les résultat final ne soit pas le même pour chacun d'eux, il reviendrait à eux-mêmes ou peut-être à d'autres membres de leur famille de décider s'ils reviendraient ensemble à Fidji ou se diviseraient entre le Canada et Fidji.

24 En conclusion, la demande sera accueillie par ce motif que le tribunal a commis une erreur dans l'exercice de sa compétence pour ce qui est des raisons d'ordre humanitaire. L'affaire sera renvoyée à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié pour nouvelle instruction par un tribunal de composition différente et à la lumière des présents motifs.

25 Par conclusions écrites, l'avocat du requérant recommande que la question suivante soit certifiée à titre de question grave de portée générale, du fait de ma décision et des présents motifs dont le projet lui a été communiqué:

La Cour fédérale, Section de première instance, a-t-elle excédé sa compétence dans le contrôle judiciaire, exercé en application de l'article 82.1 de la *Loi sur l'immigration*, d'une décision rendue par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié sous le régime de l'article 77 de la même loi, du fait qu'elle a tiré des conclusions de fait relatives à des questions qui relèvent de la compétence exclusive de cette dernière, alors que ces questions n'ont pas été soulevées devant la Commission et que le requérant n'a pas eu la possibilité de produire les preuves s'y rapportant?

Cette question, dit-il, se pose en l'espèce par suite de ma conclusion que l'alinéa 19(2)c) de la *Loi sur l'immigration* s'applique de façon à exclure la mère et le frère du requérant de l'admission au Canada. J'en disconviens. Je n'ai tiré moi-même aucune conclusion sur les faits pour parvenir à ma conclusion au sujet de l'alinéa 19(2)c). Je m'en suis remis aux faits tels que le tribunal les a constatés. Ma

law. Since the question posed would, I conclude, not be determinative of this appeal, the question will not be certified.⁶

26 Counsel for the respondent proposed the following questions for certification:

1. Does “member of the family class” referred to in s. 77(1) of the Immigration Act refer only to a “member of the family class” that has made an application for an immigrant visa as prescribed in s. 6(1) of the Immigration Regulations?

2. Does a sponsor of an application for landing made in Canada by a person claiming to be a member of the family class who has been granted an exemption pursuant to s. 114(2) of the Immigration Act and s. 2.1 of the Immigration Regulations from the application of s. 9 of the Immigration Act, have a right of appeal to the Immigration Appeal Division pursuant to s. 77(1) of the Immigration Act?

Treating the reference to subsection 77(1) of the *Immigration Act* in the second question proposed by counsel for the respondent as a reference to subsection 77(3), I am in agreement with the submissions of counsel for the respondent that an answer to either of the proposed questions is capable of being dispositive of an appeal from my decision and that both questions raise issues of general importance that go beyond the interests of parties to this matter. In the result, the questions proposed for certification by counsel for the respondent, with the modification of the reference to subsection 77(1) in the second question to read subsection 77(3), will be certified.

¹ R.S.C., 1985, c. I-2 (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 15).

² *Gharu v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1988] F.C.J. No. 568 (C.A.) (QL), (citation as it appears in the decision of the Tribunal).

³ SOR/78-172 (as am. by SOR/79-167, s. 2; 83-675, s. 2; 92-101, s. 3).

⁴ [1991] 3 S.C.R. 72, at p. 80 (not cited before me).

⁵ [1986] 3 F.C. 70 (C.A.), at p. 77.

⁶ See *Liyanagamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4 (F.C.A.).

conclusion portait uniquement sur le point de droit. Puisque la question proposée ne contribuerait pas, à mon avis, à une résolution de l’appel en instance, je ne la certifierai pas⁶.

De son côté, l’avocate de l’intimé propose les 26 questions suivantes à la certification:

1. Le «parent» visé au paragraphe 77(1) de la Loi sur l’immigration ne s’entend-il que de la «personne appartenant à la catégorie de la famille» qui a fait une demande de visa d’immigrant sous le régime du paragraphe 6(1) du Règlement sur l’immigration?

2. Le répondant qui parraine la demande d’établissement faite par une personne qui se réclame de la catégorie de la famille et qui a été dispensée, en vertu du paragraphe 114(2) de la Loi sur l’immigration et de l’article 2.1 du Règlement sur l’immigration, de l’application de l’article 9 de la Loi sur l’immigration, a-t-il le droit de faire appel devant la section d’appel de l’immigration sous le régime du paragraphe 77(1) de la même loi?

Présumant que l’avocate de l’intimé a voulu citer le paragraphe 77(3) au lieu du paragraphe 77(1) de la *Loi sur l’immigration*, je conviens que la réponse à l’une ou l’autre des deux questions proposées pourrait être déterminante en cas d’appel contre ma décision, et que les deux questions revêtent une portée générale qui va au-delà des intérêts des parties en présence. En conséquence, les questions qu’elle propose seront certifiées en remplaçant le renvoi au paragraphe 77(1) de la seconde question par la mention du paragraphe 77(3).

¹ L.R.C. (1985), ch. I-2 (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 15).

² *Gharu c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1988] A.C.F. n° 568 (C.A.) (QL) (référence tirée de la décision du tribunal).

³ DORS/78-172 (mod. par DORS/79-167, art. 2; 83-675, art. 2; 92-101, art. 3).

⁴ [1991] 3 R.C.S. 72, à la p. 80 (cet arrêt n’a pas été cité par les parties).

⁵ [1986] 3 C.F. 70 (C.A.), à la p. 77.

⁶ Voir *Liyanagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (1994), 176 N.R. 4 (C.A.F.).

A-152-94

A-152-94

Stanley Coblentz (*Appellant*)Stanley Coblentz (*appelant*)

v.

c.

Her Majesty the Queen (*Respondent*)Sa Majesté la Reine (*intimée*)

INDEXED AS: COBLENTZ v. CANADA (C.A.)

RÉPERTORIÉ: COBLENTZ c. CANADA (C.A.)

Court of Appeal, Stone, Linden and Robertson JJ.A.
—Ottawa, September 11 and 30, 1996.

Cour d'appel, juges Stone, Linden et Robertson,
J.C.A.—Ottawa, 11 et 30 septembre 1996.

Income tax — Exemptions — Whether lump sum payment exempt from taxation in Canada by reason of Canada-United States Income Tax Convention (1980) — Payment received by taxpayer while resident of Canada on winding up of pension fund operated by former American employer — Not exempt from taxation under Convention, Art. XVIII — No double taxation where Contracting State providing tax credit for taxes paid in other — Itemized deduction under U.S. Internal Revenue Code, s. 402(c)(3) not “personal allowance” — Benefit of Art. XVIII available as matter of right, not election — Purpose of Art. XVIII to ensure portion of lump sum payment exempt from taxation in U.S.A. remains exempt in Canada — Entire payment taxable under American law, not exempt from taxation in Canada.

Impôt sur le revenu — Exemptions — Il s'agit de savoir si un paiement forfaitaire est exonéré d'impôt au Canada en raison de la Convention Canada-États-Unis de 1980 en matière d'impôts — Le paiement a été reçu par le contribuable alors qu'il résidait au Canada par suite de la liquidation d'une caisse de retraite administrée par son ancien employeur américain — La somme en question n'est pas exonérée d'impôt en vertu de l'art. XVIII de la Convention — Il n'y a pas double imposition lorsqu'un des États contractants accorde un crédit fiscal pour l'impôt payé dans l'autre État contractant — La déduction sur pièces prévue à l'art. 402(c)(3) de l'Internal Revenue Code des États-Unis ne constitue pas une «déduction personnelle» — Le contribuable peut se prévaloir de l'art. XVIII de plein droit et non par suite d'un choix — L'art. XVIII vise à garantir que la partie du paiement forfaitaire qui est exonérée d'impôt aux États-Unis le demeure au Canada — Le paiement est imposable en totalité selon la législation américaine et n'est pas exonéré d'impôt au Canada.

The taxpayer is an American citizen who, during 1989 and while a resident of Canada, received a lump sum payment of US \$90,395 on the winding up of a pension fund operated by his former American employer. In filing his 1989 U.S.A. tax return, he elected to treat the entire payment as a lump sum distribution under section 402 of the *Internal Revenue Code* so that it would be taxed utilizing the ten-year averaging rules. In his Canadian tax return, taxpayer deducted from his income the lump sum payment (CAN \$111,560.68) as an amount exempt from taxation in Canada under paragraph 1 of Article XVIII of the Canada-United States Income Tax Convention (1980). The Tax Court Judge held that itemized deductions are personal allowances and, therefore, that the payment was not exempt from taxation in Canada. Three issues were raised on appeal: 1) whether it was a case of double taxation, 2) whether the itemized sum deduction is a “personal allowance” as contemplated by the Technical Explanation of Article XVIII of the Convention, and 3) whether the deduction or exclusion is available as a matter of right and not election.

Le contribuable est un citoyen américain qui, au cours de l'année 1989 et alors qu'il était un résident du Canada, a reçu un paiement forfaitaire de 90 395 \$ US par suite de la liquidation d'une caisse de retraite administrée par son ancien employeur américain. Lors de la production de sa déclaration de revenus des États-Unis de 1989, il a choisi de considérer la totalité de ce paiement comme un versement forfaitaire en vertu de l'article 402 de l'*Internal Revenue Code* et ce, dans le but d'assujettir cette somme à l'impôt selon les règles relatives à l'étalement du revenu sur dix ans. Dans sa déclaration de revenus canadienne, le contribuable a déduit de son revenu la somme forfaitaire (111 560,68 \$) à titre de somme exonérée d'impôt au Canada en vertu du paragraphe premier de l'article XVIII de la Convention Canada-États-Unis de 1980 en matière d'impôts. Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que les déductions sur pièces constituaient des déductions personnelles et que, par conséquent, le paiement n'était pas exonéré d'impôt au Canada. L'appel soulève trois points litigieux: 1) S'agit-il d'un cas de double imposition? 2) La déduction sur pièces est-elle une «déduction personnelle» au sens où cette expression est employée dans l'explication technique de l'article XVIII

Held, the appeal should be dismissed.

1) The preamble of the Convention states that it has a twofold purpose: first to eliminate the phenomenon of double taxation, second to prevent fiscal evasion of taxes on income and capital. This is not a case in which the taxpayer could validly raise the spectre of double taxation. The payment in question was taxed in the hands of the taxpayer on two different occasions by two different authorities. However, double taxation is avoided once a Contracting State provides a tax credit for taxes paid in the other, which is what happened here. The tax payable in Canada with respect to the lump sum payment was reduced by the very amount paid to the American government.

2) The itemized deduction permitted under section 402(c)(3) of the *Internal Revenue Code* cannot be characterized as a "personal allowance". That term contemplates the type of personal deduction available in Canada prior to the introduction of tax credits and at the time the Convention was signed. This should not be taken to include all deductions available to taxpayers who do not qualify as a trust or estate. The conclusion that itemized deductions qualify as personal allowances runs contrary to the very purpose underlying paragraph 1 of Article XVIII of the Convention, which is to ensure that any portion of a lump sum pension payment which is exempt from taxation in one Contracting State is exempt in the other.

3) The benefit flowing from paragraph 1 of Article XVIII is available only where a taxpayer is entitled to the deduction as a matter of right and not when it is dependent on the making of an election as was required here. Paragraph 1 speaks to an amount that would be excluded from taxable income in the U.S.A. and not an amount that could be excluded. The rational basis which explains why the word would was employed rather than the word could is found in the purpose underlying paragraph 1. The entire lump sum payment herein was taxable under American law. However, a deduction from gross income was available to the taxpayer to enable him to have that amount taxed under a different regime so as to take advantage of the ten-year averaging rules. The lump sum payment received by the taxpayer was not exempt from taxation in Canada.

de la Convention? 3) Le contribuable peut-il se prévaloir de la déduction ou de l'exemption de plein droit et non par suite d'un choix?

Arrêt: l'appel doit être rejeté.

1) Le préambule de la Convention déclare que son objet est double: elle vise d'abord à éliminer le phénomène de la double imposition; en second lieu, elle cherche à prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune. Il ne s'agit pas d'une affaire dans laquelle le contribuable peut à bon droit brandir le spectre de la double imposition. Le paiement en question a été imposé entre les mains du contribuable à deux reprises et par deux fiscs différents. Toutefois, la double imposition est évitée dès qu'un des États contractants accorde un crédit fiscal pour compenser l'impôt payé dans l'autre État contractant; c'est bien ce qui s'est produit en l'espèce. L'impôt que le contribuable devait payer au Canada sur le paiement forfaitaire a été diminué de la somme même qu'il a payée au gouvernement américain.

2) La déduction sur pièces autorisée par l'article 402(c)(3) de l'*Internal Revenue Code* ne saurait être qualifiée de «déduction personnelle». Cette expression vise le type de déductions personnelles dont les contribuables pouvaient se prévaloir au Canada avant l'introduction des crédits d'impôts à l'époque où la Convention a été signée. Cette notion de base ne doit pas être étendue à toutes les déductions dont les contribuables qui ne répondent pas à la définition de fiducie ou de succession peuvent se prévaloir. La conclusion que les déductions sur pièces remplissent les conditions requises pour être considérées comme des déductions personnelles va à l'encontre de l'objet même que sous-tend le paragraphe premier de l'article XVIII de la Convention, qui vise à garantir que toute fraction d'un paiement forfaitaire de pension qui est exonéré d'impôt dans un des États contractants l'est également dans l'autre.

3) Le contribuable ne peut se prévaloir des avantages découlant du paragraphe premier de l'article XVIII de la Convention que lorsqu'il a droit à la déduction de plein droit et non lorsque son droit dépend de l'exercice d'un choix comme en l'espèce. Le paragraphe premier parle d'une somme qui serait exclue du revenu imposable aux États-Unis, et non d'une somme qui pourrait en être exclue. L'explication logique de la raison pour laquelle le terme serait plutôt que le mot pourrait a été employé au paragraphe premier se trouve dans l'objet que sous-tend le paragraphe premier. La totalité du paiement forfaitaire était imposable selon la législation américaine. Toutefois, le contribuable pouvait déduire cette somme de son revenu brut. L'objet de cette déduction était de permettre au contribuable de faire imposer cette somme selon un régime différent pour lui permettre de se prévaloir des règles relatives à l'étalement du revenu sur dix ans. Le

paiement forfaitaire qu'a reçu le contribuable n'est pas exonéré d'impôt au Canada.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Convention Between Canada and the United States of America with Respect to Taxes on Income and on Capital, being Schedule I of the *Canada-United States Tax Convention Act, 1984*, S.C. 1984, c. 20, Art. XVIII (as am. by S.C. 1984, c. 20, Sch. II, Art. IX; Sch. III, Art. 1).

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 56(1)(a) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 26; 1987, c. 46, s. 15), 110(1)(f)(i) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 65), 126(7)(c) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 83; 1977-78, c. 32, s. 33; 1980-81-82-83, c. 140, s. 88; 1986, c. 6, s. 70; c. 55, s. 47; 1987, c. 46, s. 45).

Internal Revenue Code, 26 U.S.C. § 63(b), 402 (1988).

Vienna Convention on the Law of Treaties, May 23, 1969, [1980] Can. T.S. No. 37, Arts. 31, 32.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Crown Forest Industries Ltd. v. Canada, [1995] 2 S.C.R. 802; (1995), 125 D.L.R. (4th) 485; [1995] 2 C.T.C. 64; 95 DTC 5389; 183 N.R. 124.

REFERRED TO:

Canada v. Antosko, [1994] 2 S.C.R. 312; [1994] 2 C.T.C. 25; (1994), 94 DTC 6314; 168 N.R. 16; *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; (1984), 10 D.L.R. (4th) 1; [1984] CTC 294; 84 DTC 6305; 53 N.R. 241.

AUTHORS CITED

Swiderski, T. "Some New Wrinkles on an Old Problem: US Retirement Plans held by Canadians" (1991), 39 *Can. Tax J.* 231.

Technical Explanation of the Convention Between the United States of America and Canada with Respect to Taxes on Income and on Capital Signed at Washington, D.C. on September 26, 1980, as Amended by the Protocol Signed at Ottawa on June 14, 1983 and the Protocol Signed at Washington on March 28, 1984. Reproduced in *Canadian Income Tax Act with Regulations*, 62nd ed. Don Mills, Ont.: CCH Canadian Ltd., 1992.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Convention de Vienne sur le droit des traités, le 23 mai 1969, [1980] R.T. Can. n° 37, Art. 31, 32.

Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, qui constitue l'annexe I de la *Loi de 1984 sur la Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts*, S.C. 1984, ch. 20, Art. XVIII (mod. par S.C. 1984, ch. 20, annexe II, art. IX; annexe III, art. 1).

Internal Revenue Code, 26 U.S.C. § 63(b), 402 (1988).

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 56(1)a) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 26; 1987, ch. 46, art. 15), 110(1)f)(i) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 65), 126(7)c) (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 83; 1977-78, ch. 32, art. 33; 1980-81-82-83, ch. 140, art. 88; 1986, ch. 6, art. 70; ch. 55, art. 47; 1987, ch. 46, art. 45).

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Crown Forest Industries Ltd. c. Canada, [1995] 2 R.C.S. 802; (1995), 125 D.L.R. (4th) 485; [1995] 2 C.T.C. 64; 95 DTC 5389; 183 N.R. 124.

DÉCISIONS CITÉES:

Canada c. Antosko, [1994] 2 R.C.S. 312; [1994] 2 C.T.C. 25; (1994), 94 DTC 6314; 168 N.R. 16; *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; (1984), 10 D.L.R. (4th) 1; [1984] CTC 294; 84 DTC 6305; 53 N.R. 241.

DOCTRINE

Swiderski, T. "Some New Wrinkles on an Old Problem: US Retirement Plans held by Canadians" (1991), 39 *Rev. fiscale can.* 231.

Technical Explanation of the Convention Between the United States of America and Canada with Respect to Taxes on Income and on Capital Signed at Washington, D.C. on September 26, 1980, as Amended by the Protocol Signed at Ottawa on June 14, 1983 and the Protocol Signed at Washington on March 28, 1984. Reproduced in *Canadian Income Tax Act with Regulations*, 62nd ed. Don Mills, Ont.: CCH Canadian Ltd., 1992.

Ward, David A. "Canada's Tax Treaties" (1995), 43 *Can. Tax J.* 1719.

Ward's Tax Law and Planning, vol. 6 by The Partners of Davies, Ward & Beck and B. J. Arnold. Toronto: Carswell, 1983.

Ward, David A. "Canada's Tax Treaties" (1995), 43 *Rev. fiscale can.* 1719.

Ward's Tax Law and Planning, vol. 6 by The Partners of Davies, Ward & Beck and B. J. Arnold. Toronto: Carswell, 1983.

APPEAL from a decision of the Tax Court of Canada ([1994] 1 C.T.C. 2661; 95 DTC 1364) that a lump sum payment received by taxpayer, an American citizen and resident of Canada, was not exempt from taxation in Canada. Appeal dismissed.

APPEL d'une décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt ([1994] 1 C.T.C. 2661; 95 DTC 1364) a jugé qu'une somme forfaitaire reçue par le contribuable, un citoyen américain qui résidait au Canada, n'était pas exonérée d'impôt au Canada. Appel rejeté.

COUNSEL:

Gregory J. DuCharme for appellant.
André Leblanc for respondent.

AVOCATS:

Gregory J. DuCharme pour l'appellant.
André Leblanc pour l'intimée.

SOLICITORS:

McLachlan, Wilcox & DuCharme, North Bay, Ontario, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

PROCEUREURS:

McLachlan, Wilcox & DuCharme, North Bay (Ontario) pour l'appellant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimée.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

1 ROBERTSON J.A.: This is an appeal from a decision of the Tax Court of Canada [[1994] 1 C.T.C. 2661]. Succinctly stated, the issue to be decided is whether a lump sum payment received by the appellant taxpayer, an American citizen and resident of Canada, is exempt from taxation in Canada by reason of the Canada-United States Income Tax Convention (1980), as amended (the Convention) [*Convention Between Canada and the United States of America with Respect to Taxes on Income and on Capital*, being Schedule I of the *Canada-United States Tax Convention Act, 1984*, S.C. 1984, c. 20]. The learned Tax Court Judge answered that question in the negative. While I am in respectful agreement, my supporting reasons follow a distinctly different path.

1 LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: Il s'agit d'un appel interjeté contre une décision de la Cour canadienne de l'impôt [[1994] 1 C.T.C. 2661]. En bref, la question à trancher est celle de savoir si le paiement forfaitaire qu'a reçu le contribuable appellant, un citoyen américain qui réside au Canada, est exonéré d'impôt au Canada en raison de la Convention Canada-États-Unis de 1980 en matière d'impôts, dans sa version modifiée (la Convention) [*Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, qui constitue l'annexe I de la *Loi de 1984 sur la Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts*, S.C. 1984, ch. 20]. Le juge de la Cour de l'impôt a répondu à cette question par la négative. Bien que je souscrive à sa décision, les motifs pour lesquels j'en viens à la même conclusion sont tout à fait différents.

1. FACTS

2 The agreed statement of facts and law upon which the case was argued and decided is reproduced in the reasons of the Tax Court Judge. Since his decision is now reported, I need only restate the relevant facts in a summary fashion (see [1994] 1 C.T.C. 2661).

3 Prior to December, 1988, the taxpayer, a United States citizen, had been employed for 15 years in that country. During 1989, and while a resident of Canada, the taxpayer received a lump sum payment of US \$90,395 on the winding up of a pension fund operated by his former U.S. employer. In filing his 1989 U.S. tax return, the taxpayer included in "gross income" the total amount of the payment as required under the *Internal Revenue Code* (the Code) [26 U.S.C. (1988)]. The taxpayer, however, elected to treat the entire payment as a lump sum distribution under section 402 of the Code. The purpose of the election was to have that amount subject to taxation utilizing the ten-year averaging rules. Because of the election, the "total taxable amount" of the lump sum payment was allowed as an itemized deduction from the taxpayer's gross income pursuant to section 402(e)(3) of the Code. In the circumstances, the entire payment was excluded from the taxpayer's taxable income (taxable income = gross income - deductions). The election also held the effect of precluding the taxpayer from claiming the "standard deduction and the deduction for personal exemptions" pursuant to section 63(b) of the Code. The amount of U.S. tax with respect to the lump sum payment, utilizing the ten-year averaging rules, was calculated at US \$12,770, and added to the taxpayer's total U.S. income tax liability. (Presumably, those rules permit taxation of lump sum payments at a reduced rate and that is why the taxpayer made the election.)

4 In filing his 1989 Canadian tax return, the taxpayer included the lump sum payment in income

1. LES FAITS

L'exposé conjoint des faits et du droit sur le fondement duquel l'affaire a été débattue et tranchée est reproduit dans les motifs du juge de la Cour de l'impôt. Comme sa décision est maintenant publiée, je me contenterai de rappeler brièvement les faits pertinents (voir [1994] 1 C.T.C. 2661).

Avant décembre 1988, le contribuable, un citoyen américain, travaillait aux États-Unis depuis quinze ans. Au cours de l'année 1989, alors qu'il était un résident du Canada, le contribuable a reçu un paiement forfaitaire de 90 395 \$ US par suite de la liquidation d'une caisse de retraite administrée par son ancien employeur américain. Lors de la production de sa déclaration de revenus des États-Unis de 1989, le contribuable a inclus la totalité de ce paiement forfaitaire dans son «revenu brut», ainsi que l'exigeait l'*Internal Revenue Code* (le Code) [26 U.S.C. (1988)]. Le contribuable a toutefois choisi, en vertu de l'article 402 du Code, de considérer la totalité de ce paiement comme un versement forfaitaire. Il a effectué ce choix dans le but d'assujettir cette somme à l'impôt selon les règles relatives à l'étalement du revenu sur dix ans. Par suite de ce choix, le fisc américain a, conformément à l'article 402(e)(3) du Code, déduit du revenu du contribuable la «fraction imposable totale» du paiement forfaitaire à titre de déduction sur pièces. Dans ces conditions, le paiement a été exclu en entier du revenu imposable du contribuable (revenu imposable = revenu brut - déductions). Ce choix a également eu pour effet d'empêcher le contribuable de réclamer [TRADUCTION] «la déduction forfaitaire et la déduction relative aux exemptions personnelles» prévues à l'article 63(b) du Code. L'impôt sur le revenu des États-Unis à payer à l'égard du montant forfaitaire selon les règles régissant l'étalement du revenu sur dix ans a été établi à 12 770 \$ US et a été ajouté à l'impôt américain total à payer par le contribuable. (Ces règles permettent vraisemblablement d'imposer les paiements forfaitaires à un taux moindre, ce qui explique le choix qu'a fait le contribuable.)

Lors de la production de sa déclaration canadienne de revenus de 1989, le contribuable a inclus le

as required by paragraph 56(1)(a) of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63 (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 26; 1987, c. 46, s. 15)]. On the basis of subparagraph 110(1)(f)(i) [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 65] of the Act, he deducted from his Canadian taxable income the amount of the lump sum payment (CAN \$111,560.68) as an amount exempt from taxation in Canada under paragraph 1 of Article XVIII of the Convention [as am. by S.C. 1984, c. 20, Sch. II, Art. IX] which, on interjecting geographical locations, reads as follows:

Article XVIII

Pensions and Annuities

1. Pensions and annuities arising in [the U.S.] and paid to a resident of [Canada] may be taxed in [Canada], but the amount of any such pension that would be excluded from taxable income in the [U.S.] if the recipient were a resident thereof shall be exempt from taxation in [Canada].

5 By reassessment, the Minister of National Revenue (the Minister) disallowed the exemption, presumably on the ground that paragraph 1 of Article XVIII is not applicable. However, pursuant to paragraph 126(7)(c) [as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 83; 1977-78, c. 32, s. 33; 1980-81-82-83, c. 140, s. 88; 1986, c. 6, s. 70; c. 55, s. 47; 1987, c. 46, s. 45] of the Act, the Minister did allow the taxpayer to reduce his Canadian tax liability by deducting the US \$12,770 paid to the American government. The taxpayer appealed on the ground that the entire pension payment is exempt from taxation in Canada.

2. DECISION BELOW

6 Before the Tax Court it was agreed that the Technical Explanation [*Technical Explanation of the Convention Between the United States of America and Canada with Respect to Taxes on Income and on Capital Signed at Washington, D.C. on September 26, 1980, as Amended by the Protocol Signed at Ottawa on June 14, 1983 and the Protocol Signed at Washington on March 28, 1984.*

paiement forfaitaire dans le calcul de son revenu, comme l'exige l'alinéa 56(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63 (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 26; 1987, ch. 46, art. 15)]. Sur le fondement du sous-alinéa 110(1)f)(i) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 65] de la Loi, il a déduit de son revenu imposable canadien le montant du paiement forfaitaire (111 560,68 \$ CAN) à titre de somme exonérée d'impôt au Canada en vertu du paragraphe premier de l'article XVIII de la Convention [mod. par S.C. 1984, ch. 20, annexe II, art. IX], qui dispose, relativement aux pays en cause:

Article XVIII

Pensions et rentes

1. Les pensions et les rentes provenant [des États-Unis] et payées à un résident [du Canada] sont imposables [au Canada], mais le montant d'une telle pension qui serait exclu du revenu imposable [aux États-Unis] si le bénéficiaire y était un résident est exonéré d'impôt [au Canada].

5 Le ministre du Revenu national (le ministre) a établi une nouvelle cotisation par laquelle il a refusé d'accorder l'exemption, vraisemblablement au motif que le paragraphe premier de l'article XVIII ne s'appliquait pas. Toutefois, en vertu de l'alinéa 126(7)c) [mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 83; 1977-78, ch. 32, art. 33; 1980-81-82-83, ch. 140, art. 88; 1986, ch. 6, art. 70; ch. 55, art. 47; 1987, ch. 46, art. 45] de la Loi, le ministre a effectivement permis au contribuable de diminuer le montant d'impôt qu'il devait payer au Canada en soustrayant la somme de 12 770 \$ US qu'il avait payée au fisc américain. Le contribuable a interjeté appel de cette décision au motif que la pension était entièrement exonérée d'impôt au Canada.

2. LA DÉCISION FRAPPÉE D'APPEL

6 Devant la Cour de l'impôt, il a été convenu que l'on pouvait recourir à l'explication technique [*Technical Explanation of the Convention Between the United States of America and Canada with Respect to Taxes on Income and on Capital Signed at Washington, D.C. on September 26, 1980, as Amended by the Protocol Signed at Ottawa on June 14, 1983 and the Protocol Signed at Washington on*

Reproduced in *Canadian Income Tax Act with Regulations*, 62nd ed. Don Mills, Ont.: CCH Canadian Ltd., 1992] accompanying Article XVIII could be used for purposes of interpretation. The portion relevant to paragraph 1 of that article reads as follows:

Paragraph 1 provides that a resident of a Contracting State is taxable in that State with respect to pensions and annuities arising in the other Contracting State. However, the State of residence shall exempt from taxation the amount of any such pension that would be excluded from taxable income in the State of source if the recipient were a resident thereof. Thus, if a \$10,000 pension payment arising in a Contracting State is paid to a resident of the other Contracting State and \$5,000 of such payment would be excluded from taxable income as a return of capital in the first-mentioned State if the recipient were a resident of the first-mentioned State, the State of residence shall exempt from tax \$5,000 of the payment. Only \$5,000 would be so exempt even if the first-mentioned State would also grant a personal allowance as a deduction from gross income if the recipient were a resident thereof. Paragraph 1 imposes no such restriction with respect to the amount that may be taxed in the State of residence in the case of annuities.

7 The above explanation provides that Canada must exempt from taxation the amount of any pension that would have been excluded from taxable income in the United States had the recipient been a resident of that country during a particular taxation year. In the numerical example outlined it is suggested, however, that a “personal allowance” granted as a deduction from gross income in the U.S. falls outside the scope of the exemption for amounts to be excluded from taxable income. Counsel for the Minister argued that the taxpayer’s election “not to take standard deductions and to itemize his deductions was a personal deduction” (at page 2664). The Tax Court Judge concluded that the success of the taxpayer’s appeal hinges on whether itemized deductions, including the deduction for the lump sum payment, constitute personal allowances as contemplated by the Technical Explanation. On the basis that itemized deductions are not available to trusts or estates, the Tax Court Judge concluded that such deductions are personal allowances and, therefore, the payment in question is not exempt from taxation in Canada.

March 28, 1984. Reproduit dans *Canadian Income Tax Act with Regulations*, 62^e éd. Don Mills, Ont.: CCH Canadian Ltd., 1992] qui accompagne l’article XVIII pour interpréter la Convention. Voici les extraits pertinents de l’explication technique concernant le paragraphe premier de l’article XVIII:

[TRADUCTION] Le paragraphe premier prévoit que le résident d’un État contractant est imposable dans cet État à l’égard de pensions et rentes provenant de l’autre État contractant. Toutefois, l’État de résidence doit exonérer d’impôt le montant d’une telle pension qui serait exclu du revenu imposable dans l’État source si le bénéficiaire y était un résident. Ainsi, si une pension de 10 000 \$ provenant d’un État contractant est payée à un résident de l’autre État contractant et que 5 000 \$ seraient exclus du revenu imposable à titre de remboursement de capital dans le premier État si le bénéficiaire y était un résident, l’État de résidence doit exonérer d’impôt 5 000 \$. Seulement 5 000 \$ seraient ainsi exonérés, même si le premier État accordait également une déduction personnelle à titre de déduction du revenu brut si le bénéficiaire y était un résident. Le paragraphe premier n’impose pas de restriction semblable à l’égard du montant imposable de l’État de résidence dans le cas des rentes.

L’explication qui précède prévoit que le Canada 7 doit exonérer d’impôt le montant de toute pension qui aurait été exclu du revenu imposable aux États-Unis si le bénéficiaire avait été un résident de ce pays au cours d’une année d’imposition déterminée. Dans l’exemple numérique qui précède, on laisse toutefois entendre que les «déductions personnelles» que le contribuable peut déduire de son revenu brut aux États-Unis ne tombent pas sous le coup de l’exonération touchant les sommes à exclusion du revenu imposable. L’avocat du ministre soutient que le choix du contribuable «de demander des déductions détaillées plutôt qu’une déduction normale correspondait à une demande de déduction personnelle» (à la page 2664). Le juge de la Cour de l’impôt a conclu que le succès de l’appel du contribuable dépendait de la réponse que l’on donnait à la question de savoir si les déductions sur pièces, qui comprenaient la déduction relative au paiement forfaitaire, constituaient des déductions personnelles au sens de l’explication technique. Le juge de la Cour de l’impôt a conclu que, comme les fiducies et les successions ne peuvent demander de

déductions sur pièces, celles-ci constituent des déductions personnelles et que, par conséquent, le paiement en question n'est pas exonéré d'impôt au Canada.

3. ISSUES

8 Three principal issues are raised on appeal. First, the taxpayer argues that the Minister's position results in double taxation, contrary to the clear intent of the Convention. Second, he argues that the itemized sum deduction accorded the taxpayer under section 402 of the Code is not a personal allowance as contemplated by the numerical example outlined in the Technical Explanation. Third, the Minister argues, and apparently for the first time, that the benefit flowing from paragraph 1 of Article XVIII of the Convention is available only where a taxpayer is entitled to the deduction as a matter of right and not when it is dependent on the making of an election as was required in this case.

3. QUESTIONS EN LITIGE

8 Le présent appel soulève trois principaux points litigieux. En premier lieu, le contribuable affirme que la thèse du ministre donne lieu à une double imposition, contrairement à la volonté clairement exprimée par les signataires de la Convention. En deuxième lieu, il soutient que la déduction sur pièces que l'article 402 du Code permet au contribuable de demander n'est pas une déduction personnelle au sens où cette expression est employée dans l'exemple numérique donné dans l'explication technique. En troisième lieu, le ministre fait valoir—et vraisemblablement pour la première fois—que le contribuable ne peut se prévaloir des avantages qui découlent du paragraphe premier de l'article XVIII de la Convention que lorsqu'il est admissible de plein droit à la déduction en question et non lorsque son droit dépend de l'exercice d'un choix comme c'est le cas en l'espèce.

9 The first argument can be disposed of handily. The second and third require further elaboration and consideration. There is, however, one remaining disagreement between the parties. It focuses on the weight to be given to the Technical Explanation. Although at the end of the day this issue is not determinative of the appeal, it provides a convenient opportunity to outline the interpretative rules relevant to this analysis.

9 Le premier moyen peut être tranché aisément. Le deuxième et le troisième exigent une analyse et des explications plus poussées. Il reste toutefois un point sur lequel les parties ne s'entendent pas. Il s'agit de la valeur à accorder à l'explication technique. Bien qu'en dernière analyse, cette question n'ait pas un effet déterminant sur le sort de l'appel, elle nous offre l'occasion d'exposer commodément les principes d'interprétation qui régissent une telle analyse.

4. INTERPRETATIVE RULES

10 It would not be productive to review each of the existing analytical frameworks upon which the task of treaty interpretation may be undertaken. For present purposes it is sufficient to begin with the interpretative rules as mandated by articles 31 and 32 of the *Vienna Convention on the Law of Treaties* (Can. T.S. 1980, No. 37), (the Vienna Convention):

4. RÈGLES D'INTERPRÉTATION

10 Il ne serait pas utile de passer en revue chacun des cadres d'analyse qui existent en matière d'interprétation de traités. Pour la présente décision, il suffit de commencer par citer les règles d'interprétation prescrites par les articles 31 et 32 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* (R.T. Can. 1980, n° 37) (la Convention de Vienne):

Article 31

...

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:

(a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connexion with the conclusion of the treaty;

(b) any instrument which was made by one or more parties in connexion with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.

3. There shall be taken into account, together with the context:

(a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;

...

Article 32

...

Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:

(a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or

(b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.

Article 31

...

1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.

2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus:

a) tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité;

b) tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.

3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte:

a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions;

...

Article 32

...

Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31:

a) laisse le sens ambigu ou obscur, ou

b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable.

11 Article 31(1) of the Vienna Convention is instructive to the extent that it does not embrace the notion that words must be given their plain or ordinary meaning, that is to say their literal meaning. Rather, ordinary meaning is to be determined only after consideration is given to the terms of the treaty in their context and in light of its object and purpose. This reading of Article 31 is consistent with the position of the Supreme Court of Canada in *Crown Forest Industries Ltd. v. Canada*,

L'article 31(1) de la Convention de Vienne est 11
instructif dans la mesure où il ne renferme pas l'idée que l'on doit donner aux mots leur sens clair et ordinaire, c'est-à-dire leur sens littéral. On ne doit déterminer le sens ordinaire qu'après avoir examiné le libellé du traité dans son contexte et en tenant compte de son objet et de son but. Cette interprétation de l'article 31 s'accorde avec le point de vue qu'a adopté la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Crown Forest Industries Ltd. c. Canada*,

[1995] 2 S.C.R. 802. Therein Iacobucci J., writing for a unanimous bench, held that the purpose of the Convention has significant relevance to how its provisions are to be interpreted. Moreover, it was held that “in ascertaining these goals and intentions, a court may refer to extrinsic materials which form part of the legal context . . . without the need first to find an ambiguity before turning to such materials” (at page 822). Both the decision of the Supreme Court in *Crown Forest* and Article 31(1) of the Vienna Convention support the understanding that literalism has no role to play in the interpretation of treaties. Equally, it seems to me that this understanding and approach already informs the interpretation of domestic tax legislation: see *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312, at page 326 and; *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, at pages 578 and 580.

[1995] 2 R.C.S. 802. Dans cet arrêt, le juge Iacobucci, qui s'exprimait au nom d'une formation collégiale unanime, a déclaré que l'objectif de la Convention revêtait une grande importance quant à la façon d'interpréter ses dispositions. Le juge a également déclaré que «pour dégager ces objectifs et intentions, un tribunal peut recourir à des documents extrinsèques qui font partie du contexte juridique . . . sans qu'il soit nécessaire d'avoir préalablement décelé une ambiguïté» (à la page 822). L'arrêt *Crown Forest* de la Cour suprême et l'article 31(1) de la Convention de Vienne appuient tous les deux la proposition que l'interprétation littérale n'a aucun rôle à jouer en matière d'interprétation des traités. De même, il me semble que cette conception et cette méthode caractérisent déjà l'interprétation des lois fiscales internes (voir les arrêts *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312, à la page 326 et; *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, aux pages 578 et 580).

12 I turn now to the scope or meaning of the term “context”. Article 31(2) of the Vienna Convention goes on to provide that the context is to include the text, preamble, annexes and any agreements or instruments made “in connexion with the conclusion of the treaty”. By contrast, Article 31(3) states that subsequent agreements “shall be taken into account” together with the context. At this point it may be asked whether the Technical Explanation falls within Article 31(2) or 31(3) or, for that matter, Article 32 which refers to “supplementary means of interpretation”. Correlatively, it may be asked whether the words “shall be taken into account” found in Article 31(3) lessen the interpretative weight to be given to documents which fall within its boundaries, at least when compared to those documents that come within the ambit of Article 31(2).

Je passe maintenant à la question de la portée ou du sens du mot «contexte». L'article 31(2) de la Convention de Vienne précise que le contexte comprend, outre le texte, le préambule et les annexes, tout accord intervenu ou instrument établi «à l'occasion de la conclusion du traité». Par contraste, l'article 31(3) déclare qu'il «sera tenu compte» des accords ultérieurs en même temps que du contexte. On peut à ce moment-ci se demander si l'explication technique tombe sous le coup des articles 31(2) ou 31(3), voire même de l'article 32, qui parle de «moyens complémentaires d'interprétation». Corrélativement, on peut se demander si les mots «il sera tenu compte» que l'on trouve à l'article 31(3) affaiblissent la valeur interprétative à accorder aux documents qui relèvent de son champ d'application, du moins lorsqu'on les compare aux documents qui tombent sous le coup de l'article 31(2).

13 To appreciate the significance of the first question it must be recognized that the Technical Explanation was prepared by the U.S. Treasury Department and released on 26 April 1984, four years after the Convention was signed. The Canadian Department

Pour comprendre l'importance de la première question, il faut reconnaître que l'explication technique a été rédigée par le Treasury Department des États-Unis et qu'elle a été publiée le 26 avril 1984, quatre ans après la signature de la Convention.

of Finance endorsed the Explanation four months after it was released:

Canada agrees that the comprehensive Technical Explanation issued by the U.S. Treasury Department under date of April 26, 1984, which supercedes the one issued on January 19, 1981, accurately reflects understandings reached in the course of negotiations with respect to the interpretation and application of the various provisions in the 1980 Tax Convention as amended. [Release No. 84-128, Aug. 16/1984.]

14 The view has been expressed elsewhere that as a result of the Department of Finance's endorsement, the Technical Explanation constitutes either an agreement or instrument within Article 31(2)(a) or (b) of the Vienna Convention or a subsequent agreement within Article 31(3)(a), rather than a supplementary means of interpretation within Article 32 of the Vienna Convention: see *The Partners of Davies, Ward & Beck and Brian J. Arnold, Ward's Tax Law and Planning*, vol. 6 (Toronto: Carswell, 1983), at page 21-46.

15 While I am certain that the Technical Explanation does not fall within Article 32 of the Vienna Convention, it is arguable whether it falls within Article 31(2) or 31(3). Parenthetically, I note that in *Crown Forest* Iacobucci J. relied upon the Technical Explanation but did not state which subsection of the Vienna Convention provided him with the basis for doing so. As I understand the taxpayer's argument here, the Technical Explanation falls within Article 31(3) and, therefore, the Explanation cannot be used to contradict the ordinary meaning of Article XVIII of the Convention. The argument, of course, is premised on the understanding that the Explanation is not a document made "in connexion with the conclusion of the treaty" as required under Article 31(2). It is also premised on the understanding that there is a substantive difference between Article 31(2) which speaks of the interpretative "context" and Article 31(3) which speaks in terms of taking into "account". In short, it is argued that a document which falls within the latter article must be given less weight than one which comes within the former. Above all, the taxpayer maintains that the Explanation cannot be used to contradict an article of the Convention. Counsel for the Minister sidesteps this line of attack

Le ministère des Finances du Canada a souscrit à l'explication quatre mois après sa publication:

[TRADUCTION] Le Canada est d'avis que l'explication technique détaillée qui a été publiée par le Treasury Department des États-Unis le 26 avril 1984 et qui remplace celle qui a été publiée le 19 janvier 1981, reflète avec exactitude les ententes intervenues au cours des négociations menées au sujet de l'interprétation et de l'application des diverses dispositions de la Convention de 1980, modifiée. [Communiqué n° 84-128, 16 août 1984.]

Des auteurs ont exprimé l'avis qu'en raison de l'appui dont elle a fait l'objet de la part du ministère des Finances, l'explication technique constituait un accord ou un instrument au sens de l'article 31(2)(a) ou b) de la Convention de Vienne, ou un accord subséquent au sens de l'article 31(3)(a) plutôt qu'un moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32 de la Convention de Vienne (voir *The Partners of Davies, Ward & Beck et Brian J. Arnold, Ward's Tax Law and Planning*, vol. 6 (Toronto: Carswell, 1983), à la page 21-46).

15 Bien que je sois convaincu que l'explication technique ne tombe pas sous le coup de l'article 32 de la Convention de Vienne, on peut soutenir qu'elle est visée par l'article 31(2) ou l'article 31(3). Entre parenthèses, je fais remarquer que, dans l'arrêt *Crown Forest*, le juge Iacobucci s'est fondé sur l'explication technique, mais qu'il n'a pas précisé sur quelle disposition de la Convention de Vienne il s'appuyait pour ce faire. Si j'ai bien compris la thèse du contribuable en l'espèce, l'explication technique tombe sous le coup de l'article 31(3) et elle ne peut donc pas être utilisée pour contredire le sens ordinaire de l'article XVIII de la Convention. Cet argument repose évidemment sur le postulat que l'explication n'est pas un document établi «à l'occasion de la conclusion du traité», comme l'exige l'article 31(2). Il repose aussi sur le postulat qu'il existe une différence marquée entre l'article 31(2), qui parle du «contexte» interprétatif, et l'article 31(3), qui parle de tenir «compte». En bref, le contribuable soutient qu'un document qui tombe sous le coup de ce dernier article doit se voir accorder moins de poids que celui qui est visé par le premier. Par dessus tout, le contribuable maintient que l'on ne peut se servir de l'explication pour contredire un article de la Convention. L'avocat du

by insisting that his argument rests on the ordinary meaning of the terms found within paragraph 1 of Article XVIII.

ministre élude ce raisonnement en insistant pour dire que sa thèse repose sur le sens ordinaire des termes que l'on trouve au paragraphe premier de l'article XVIII.

16 In the reasons that follow it will become evident that I am of the view that the Technical Explanation facilitates our understanding of paragraph 1 of Article XVIII and does not contradict it. In reaching this conclusion I am mindful of Iacobucci J.'s instruction to have regard to the Convention's purposes when interpreting its provisions. In my view, those purposes are central in resolving the legal debate which has arisen in this case. This is an appropriate place to outline the Convention's purposes and, in particular, those surrounding Article XVIII.

Dans les motifs qui suivent, il deviendra évident que je suis d'avis que, loin de le contredire, l'explication technique facilite notre compréhension du paragraphe premier de l'article XVIII. Pour en arriver à cette conclusion, je n'oublie pas la directive du juge Iacobucci, qui nous invite à tenir compte des objectifs de la Convention pour en interpréter les dispositions. À mon avis, il est impératif de tenir compte de ces objectifs pour trancher le débat juridique qui se pose en l'espèce. Il convient donc d'exposer ici les objectifs de la Convention et notamment l'objectif de l'article XVIII.

17 The preamble to the Convention states that it has a twofold purpose. First, it seeks to eliminate the phenomenon of double taxation. Second, it seeks the prevention of fiscal evasion of taxes on income and capital. However, the purposes of the Convention are not so limited, even though the preamble to the Convention goes no further. I hasten to add that I am not the first to recognize that the purposes underlying Canada's tax treaties are not as limited as usually thought: see David A. Ward, "Canada's Tax Treaties" (1995), 43 *Can. Tax J.* 1719 at page 1728: "It might be more accurate to say that the main or principal purpose of Canada's tax treaties is to allocate and limit taxing powers of the two Contracting States".

Le préambule de la Convention déclare que son objet est double. Il vise d'abord à éliminer le phénomène de la double imposition. En second lieu, il cherche à prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune. Les objets visés par la Convention ne s'arrêtent pas là, même si le préambule n'en dit pas plus. Je m'empresse d'ajouter que je ne suis pas le premier à reconnaître que les objectifs sous-jacents des traités conclus par le Canada en matière fiscale ne sont pas aussi restreints qu'on le croit habituellement (voir David A. Ward, "Canada's Tax Treaties" (1995), 43 *Rev. fiscale can.* 1719, à la page 1728: [TRADUCTION] «Il serait plus exact de dire que le but principal des traités fiscaux canadiens est de définir et de restreindre les pouvoirs d'imposition des deux États contractants»).

18 Turning to the other paragraphs of Article XVIII, three other purposes are readily identifiable. First, Article XVIII seeks to limit the amount of tax that may be charged in the Contracting State in which certain types of payments arise (see subparagraph 2(a)). Second, it seeks to ensure that certain payments are subject to taxation in only one of the Contracting States (see subparagraph 5(a) [as am. by S.C. 1984, c. 20, Sch. III, Art. 1]). Third, Article XVIII seeks to ensure that certain payments which are exempt from taxation in one Contracting State

Si l'on passe à l'examen des autres paragraphes de l'article XVIII, on peut aisément discerner trois autres objets. Tout d'abord, l'article XVIII vise à limiter le montant d'impôt qui peut être imposé par l'État contractant dans lequel certains types de paiements sont faits (voir l'alinéa 2a)). En deuxième lieu, il vise à s'assurer que certains paiements sont assujettis à l'impôt dans un seul des États contractants (voir l'alinéa 5a) [mod. par S.C. 1984, ch. 20, annexe III, art. 1]). En troisième lieu, l'article XVIII vise à garantir que certains paiements

remain exempt in the other (see subparagraph 6(b)). In my view paragraph 1 falls within this third category. This will be made apparent as I deal with the other legal issues outlined above.

5. ANALYSIS

19 Simply stated, this is not a case in which the taxpayer can validly raise the spectre of double taxation. It cannot be doubted that the payment in question was taxed in the hands of the taxpayer on two different occasions by two different authorities. The reality, however, is that double taxation is avoided once a Contracting State provides a tax credit for taxes paid in the other. This is what happened in the instant case. The taxpayer's Canadian tax liability with respect to the lump sum payment was reduced by the very amount paid to the American government. His real complaint lies in the fact that the US \$90,395 lump sum payment attracted a rate of tax in the U.S. approaching 15%, while in Canada the combined marginal rate has to be significantly more. I hasten to add that the monetary difference is a matter of tax policy, not treaty interpretation.

20 Turning to the second issue, I am of the view that the itemized deduction permitted under section 402(c)(3) of the Code cannot be characterized as a personal allowance. This is a convenient place to reproduce the numerical example outlined in the Technical Explanation (with the appropriate geographical interjections):

Thus, if a \$10,000 pension arising in [the United States] is paid to a resident of [Canada] and \$5000 of such payment would be excluded from taxable income as a return of capital in [the United States] if the recipient were a resident of [the United States, Canada] shall exempt from tax \$5,000 of the payment. Only \$5,000 would be so exempt even if [the United States] would also grant a personal allowance as a deduction from gross income if the recipient were a resident thereof. [Emphasis added.]

qui sont exonérés d'impôt dans un des États contractants le demeurent dans l'autre (voir l'alinéa 6b)). À mon avis, le paragraphe premier entre dans cette troisième catégorie. Cette conclusion deviendra évidente après que j'aurai examiné les autres questions juridiques évoquées plus haut.

5. ANALYSE

19 En un mot, il ne s'agit pas d'une affaire dans laquelle le contribuable peut à bon droit brandir le spectre de la double imposition. Le paiement en question a incontestablement été imposé entre les mains du contribuable à deux reprises et par deux fiscs différents. La réalité, toutefois, est que la double imposition est évitée dès qu'un des États contractants accorde un crédit fiscal pour compenser l'impôt payé dans l'autre État contractant. C'est bien ce qui s'est produit en l'espèce. L'impôt que le contribuable devait payer au Canada sur le paiement forfaitaire a été diminué de la somme même qu'il a payée au gouvernement américain. Ce dont le contribuable se plaint en réalité, c'est que le paiement forfaitaire de 90 395 \$ US était imposable aux États-Unis à un taux d'imposition de près de 15 %, alors qu'au Canada, le taux marginal combiné est nécessairement beaucoup plus élevé. Je m'empresse d'ajouter que la différence en argent est une question de politique fiscale, et non d'interprétation de traité.

20 Pour ce qui est de la deuxième question, je suis d'avis qu'on ne peut pas qualifier de déduction personnelle la déduction sur pièces autorisée par l'article 402(c)(3) du Code. Il convient de reproduire ici l'exemple donné dans l'explication technique (relativement aux pays en cause):

[TRADUCTION] Ainsi, si une pension de 10 000 \$ provenant [des États-Unis] est payée à un résident du [Canada] et que 5 000 \$ seraient exclus du revenu imposable à titre de remboursement de capital [aux États-Unis] si le bénéficiaire y était un résident, le [Canada] doit exonérer d'impôt 5 000 \$. Seulement 5 000 \$ seraient ainsi exonérés, même si [les États-Unis] accordaient également une déduction personnelle en tant que déduction du revenu brut si le bénéficiaire y était un résident. [Passage non souligné dans l'original.]

For the Tax Court Judge the defining criterion for determining whether a deduction qualifies as a personal allowance is its availability to persons and not entities such as trusts or estates. In my respectful opinion, this position is untenable for the reason that that criterion is unjustifiably broad.

Pour le juge de la Cour de l'impôt, le critère décisif pour déterminer si une déduction remplit les conditions requises pour être considérée comme une déduction personnelle est la question de savoir si des particuliers et non des entités comme les fiducies ou les successions peuvent s'en prévaloir. À mon humble avis, cette position est intenable, parce que ce critère est abusivement large.

21 I do not find it necessary to embark on a detailed analysis of the possible scope of the term "personal allowance". *Prima facie* that term contemplates the type of personal deduction available in Canada prior to the introduction of tax credits and at the time the Convention was signed. For example, personal exemptions or deductions conditioned on marital status and the number of dependent children come easily to mind. Should this basic understanding be taken to include all deductions available to taxpayers who do not qualify as a trust or estate? The answer must be no. Were it otherwise the application of such criteria would defeat, in my opinion, the very purpose underlying paragraph 1 of Article XVIII. Let me explain utilizing the numerical example outlined in the Technical Explanation.

Je n'estime pas nécessaire de me livrer à une analyse détaillée de la portée éventuelle de l'expression «déduction personnelle». À première vue, cette expression vise le type de déductions personnelles dont les contribuables pouvaient se prévaloir au Canada avant l'introduction des crédits d'impôts à l'époque où la Convention a été signée. Par exemple, les exemptions ou déductions personnelles qui sont fonction de l'état matrimonial et du nombre d'enfants à charge viennent facilement à l'esprit. Devrait-on étendre cette notion de base à toutes les déductions dont les contribuables qui ne répondent pas à la définition de fiducie ou de succession peuvent se prévaloir? Il faut répondre par la négative à cette question. S'il en était autrement, l'application de ces critères irait à mon avis à l'encontre de l'objet même que sous-tend le paragraphe premier de l'article XVIII. Je m'explique, à l'aide de l'exemple numérique que l'on trouve dans l'explication technique.

22 The numerical example envisages the situation where a portion of a lump sum pension payment received by a taxpayer would be excluded from his or her taxable income because it represents a return of capital. For example, a portion of the lump sum payment may represent a return of an employee's non-deductible contributions to a pension plan and, therefore, represent a return of his or her "investment in the contract" or "tax-paid capital": see Swiderski T., "Some New Wrinkles on an Old Problem: U.S. Retirement Plans Held by Canadians" (1991), 39 *Can. Tax J.* 231, at page 240.

Dans l'exemple numérique, on envisage la situation dans laquelle une partie du paiement forfaitaire de pension reçu par le contribuable serait exclue de son revenu imposable parce qu'elle représente un remboursement de capital. Ainsi, une partie du paiement forfaitaire peut représenter un remboursement des cotisations non déductibles versées par un employé à un régime de retraite et, en conséquence, représenter un remboursement de sa [TRADUCTION] «mise de fonds dans le contrat» ou de son [TRADUCTION] «capital libéré d'impôt» (voir Swiderski, T., "Some New Wrinkles on an Old Problem: U.S. Retirement Plans Held by Canadians" (1991), 39 *Rev. fiscale can.* 231, à la page 240).

23 From the foregoing it is evident that the purpose of excluding from taxable income any amount which

Il ressort de ce qui précède que le but poursuivi en excluant du revenu imposable toute somme qui

represents a return of capital is to ensure that it is not taxed twice in the Contracting State in which the payment originates. In this case the Contracting State is the U.S. In short, an American taxpayer's periodic contributions to a pension plan may well represent after-tax dollars and therefore the U.S. has determined, as a matter of tax policy, that such monies should not be subject to taxation when those contributions are paid out in the form of a lump sum payment. Thus, if it is treated as a non-taxable receipt in the U.S., then it is understandable why, as a matter of treaty policy, the U.S. would seek to ensure that a lump sum pension payment remains exempt from taxation in Canada. That in my view is the true purpose underlying paragraph 1 of Article XVIII.

représente un remboursement de capital consiste à s'assurer que cette somme n'est pas imposée deux fois dans l'État contractant d'où provient le paiement. Dans le cas qui nous occupe, l'État contractant est les États-Unis. En résumé, les cotisations périodiques versées par un contribuable américain à un régime de retraite peuvent fort bien représenter des dollars après impôt. En conséquence, les États-Unis ont décidé, comme principe fiscal, que ces sommes d'argent ne devaient pas être assujetties à l'impôt lorsque les cotisations en question sont versées sous forme de paiement forfaitaire. On peut donc comprendre pourquoi, s'ils sont traités comme des recettes non imposables reçues aux États-Unis, les États-Unis cherchent, sur le plan des principes applicables aux traités, à s'assurer que les paiements forfaitaires de pension demeurent exonérés d'impôt au Canada. Voilà, à mon avis, le véritable objet à la base du paragraphe premier de l'article XVIII.

24 The numerical example goes on to provide that the first \$5,000 of a \$10,000 lump sum payment represents a return of capital. In the circumstances it is reasonable to assume that the exclusion from gross income will be effected by permitting the taxpayer to deduct \$5,000 from the \$10,000 that would be included in his or her gross income. That assumption is supported by the agreed statement of facts which refers to the "total taxable amount of the lump sum distribution" being allowed as a deduction from the taxpayer's income: see subsection 1(h) of the agreed statement of facts and law.

Dans l'exemple numérique, on poursuit en déclarant que la première tranche de 5 000 \$ du paiement forfaitaire de 10 000 \$ représente un remboursement de capital. Dans ces conditions, il est raisonnable de présumer que l'exclusion du revenu brut sera effectuée en permettant au contribuable de déduire la somme de 5 000 \$ des 10 000 \$ qui auraient été inclus dans son revenu brut. Cette hypothèse est appuyée par l'exposé conjoint des faits qui parle du [TRADUCTION] «montant imposable total du versement forfaitaire» que le contribuable peut déduire de son revenu (voir le paragraphe 1h) de l'exposé conjoints des faits et du droit.

25 The numerical example also provides that the amount of the lump sum payment which is excluded from taxable income cannot be increased by factoring in a personal allowance which is also deductible from gross income. Thus, for example, if the U.S. permitted a \$2,000 personal deduction in addition to the \$5,000 exclusion, a resident taxpayer of Canada could not maintain that \$7,000 is tax exempt in Canada. The proper amount remains \$5,000, even though under U.S. tax law the taxpayer might be required to pay tax on only \$3,000. On the other hand, Canada would be entitled to tax the \$5,000 which is non-exempt, while providing a tax credit for any taxes paid in the U.S.

L'exemple numérique prévoit également qu'on ne peut augmenter la fraction du paiement forfaitaire qui est exclue du revenu imposable en y ajoutant une déduction personnelle qui est également déductible du revenu brut. Ainsi, si les États-Unis autorisaient une déduction personnelle de 2 000 \$ en plus de l'exclusion de 5 000 \$, un contribuable résidant au Canada ne pourrait pas prétendre qu'une somme de 7 000 \$ est exonérée d'impôt au Canada. Le bon montant demeure 5 000 \$, même si, selon les lois fiscales américaines, le contribuable pourrait être obligé de payer un impôt uniquement sur la somme de 3 000 \$. En revanche, le Canada aurait le droit d'imposer la fraction de 5 000 \$ qui n'est pas

exonérée d'impôt, tout en accordant un crédit d'impôt pour tout impôt payé aux États-Unis.

26 Within the above context, and applying the reasoning of the Tax Court Judge, it follows that a taxpayer would be unable to claim that the first \$5,000, which is excluded from taxable income in the U.S., is exempt from taxation in Canada because that itemized deduction qualifies as a personal allowance. Clearly, such a conclusion runs contrary to the very purpose underlying paragraph 1 of Article XVIII, which is to ensure that any portion of a lump sum pension payment which is exempt from taxation in one Contracting State is exempt in the other. Accordingly, the conclusion that itemized deductions qualify as personal allowances must be rejected. This conclusion leads me to the third issue and the one ardently pursued by the Minister before this Court.

Dans ce contexte, et si l'on applique le raisonnement suivi par le juge de la Cour de l'impôt, il s'ensuit qu'un contribuable ne pourrait pas prétendre que la première tranche de 5 000 \$, qui est exclue de son revenu imposable aux États-Unis, est exonérée d'impôt au Canada parce que la déduction sur pièces remplit les conditions requises pour être considérée comme une déduction personnelle. De toute évidence, une telle conclusion va à l'encontre de l'objet même que sous-tend le paragraphe premier de l'article XVIII, qui vise à garantir que toute fraction d'un paiement forfaitaire de pension qui est exonérée d'impôt dans un des États contractants l'est également dans l'autre. En conséquence, la conclusion que les déductions sur pièces remplissent les conditions requises pour être considérées comme des déductions personnelles doit être rejetée. Cette conclusion m'amène à la troisième question en litige, que le ministre a débattue énergiquement devant nous.

27 The Minister's central submission is that the structure of paragraph 1 of Article XVIII is such that the tax status of the lump sum payment in the U.S. must be determined on the basis of "an application of the U.S. tax law in its ordinary application without taking into account personal choices one may make under that domestic law". Specifically, the Minister argues that the Convention refers to the tax status of an amount as if the taxpayer were a resident of the U.S. According to the Minister, this is a hypothetical situation and, therefore, one cannot take into account what the taxpayer personally would have done were he or she a resident of the U.S. That is to say, a particular tax status which does not arise unless the taxpayer elects to take it cannot be considered an ordinary application of U.S. tax law for the purposes of determining whether the exemption in Article XVIII of the Convention applies.

Le ministre soutient essentiellement qu'il ressort de l'économie du paragraphe premier de l'article XVIII que le traitement fiscal du paiement forfaitaire aux États-Unis doit être déterminé en fonction de [TRADUCTION] «l'application ordinaire de la législation fiscale américaine sans tenir compte des choix personnels que le contribuable peut faire en vertu du droit interne américain». Plus précisément, le ministre affirme que la Convention parle du traitement fiscal d'une somme comme si le contribuable était un résident des États-Unis. Suivant le ministre, il s'agit là d'une situation hypothétique et, par conséquent on ne peut tenir compte de ce que le contribuable aurait personnellement fait s'il avait été un résident des États-Unis. En d'autres termes, un traitement fiscal déterminé qui ne se produit que si le contribuable le choisit ne peut être considéré comme découlant de l'application ordinaire de la législation fiscale américaine lorsqu'il s'agit de déterminer si l'exemption prévue à l'article XVIII de la Convention s'applique.

28 On reflection, the Minister's position can be restated in at least one of two ways. First it could be

À la réflexion, la thèse du ministre peut être reformulée d'au moins deux façons. Premièrement,

said that the deduction or exclusion must be available as a matter of right and not election. Alternatively, the Minister's position can be reduced to the simple proposition that paragraph 1 of Article XVIII speaks to an amount that would be excluded from taxable income in the U.S. and not an amount that could be excluded. At first blush, one cannot deny that a substantive difference exists between the meaning of the words would and could. On the other hand, I am reluctant to embrace a literal reading of a text when no explanation was forthcoming which might explain the reason underlying the decision to deny an exemption in cases where the taxpayer must make an election before an amount is excluded from taxable income.

on pourrait dire que le contribuable doit pouvoir se prévaloir de la déduction ou de l'exemption de plein droit et non par suite d'un choix. Subsidiativement, la thèse du ministre peut être réduite à la simple proposition que le paragraphe premier de l'article XVIII parle d'une somme qui serait exclue du revenu imposable aux États-Unis, et non d'une somme qui pourrait en être exclue. À première vue, on ne peut nier qu'il existe une différence importante entre le sens des mots serait et pourrait. En revanche, j'hésite à interpréter de façon littérale un texte alors que personne n'a tenté d'expliquer les motifs justifiant la décision de refuser une exonération dans les cas où le contribuable doit faire un choix avant qu'une somme puisse être exclue de son revenu imposable.

29 From the taxpayer's perspective it is not a question of whether the lump sum payment would or could be excluded from gross income. As a matter of fact it was excluded, even if that exclusion is attributable to an election on his part. In my opinion, however, there is a rational basis which explains why the word would was employed in paragraph 1 rather than the word could. That rational basis is found in the purpose underlying paragraph 1. Once it is accepted, the Minister's argument is complete.

29 Du point de vue du contribuable, il ne s'agit pas de savoir si le paiement forfaitaire serait exclu ou pourrait être exclu de son revenu brut. De fait, il a été exclu, même si cette exclusion est imputable au choix qu'il a effectué. J'estime toutefois qu'on peut logiquement expliquer pourquoi le terme serait plutôt que le mot pourrait a été employé au paragraphe premier. Cette explication logique se trouve dans l'objet que sous-tend le paragraphe premier. Une fois qu'elle est acceptée, la thèse du ministre est complète.

30 As discussed earlier the purpose underlying paragraph 1 of Article XVIII is to ensure that any portion of a lump sum payment which is exempt from taxation in the U.S. remains exempt in Canada. Thus, the question to be addressed is whether any part of the lump sum received by the taxpayer would under U.S. law be excluded from taxable income had he been a resident thereof during the 1989 taxation year. That is to say, for example, does any portion of the pension represent a return of capital? On the facts of this case the answer is no. Indeed, the entire lump sum payment was taxable under U.S. law. Although a deduction from gross income was available to the taxpayer, its purpose was to enable the taxpayer to have that amount taxed under a different (non-standard) regime so as to take advantage of the ten-year averaging rules.

30 Ainsi que je l'ai déjà dit, l'objectif fondamental du paragraphe premier de l'article XVIII est de s'assurer que toute fraction d'un paiement forfaitaire qui est exonérée d'impôt aux États-Unis demeure exonérée au Canada. Ainsi, la question à se poser est celle de savoir si une fraction quelconque de la somme forfaitaire qu'a reçue le contribuable serait, selon la législation américaine, exclue du revenu imposable s'il avait été un résident des États-Unis au cours de l'année d'imposition 1989. Autrement dit, par exemple, une fraction de la pension représente-t-elle un remboursement de capital? Vu l'ensemble des faits de la présente affaire, la réponse est négative. De fait, la totalité du paiement forfaitaire était imposable selon la législation américaine. Même si le contribuable pouvait déduire une somme de son revenu brut, l'objet de cette déduction était de permettre au contribuable de faire imposer cette somme selon un régime différent (extraordinaire)

pour lui permettre de se prévaloir des règles relatives à l'étalement du revenu sur dix ans.

31 In effect, the taxpayer seeks to establish that the purpose of paragraph 1 of Article XVIII is to ensure that an amount remains exempt from taxation in one Contracting State (Canada) because it could be subject to a lower rate of tax in the other (U.S.). To achieve such a result one has to distort the ordinary meaning of paragraph 1 and, in particular, the meaning attributable to the term would. This is but one instance in which the plain or literal meaning of a word and its ordinary or contextual meaning are in harmony. The Technical Explanation enables us to reach that conclusion by appreciating the underlying purpose of paragraph 1. Against this background, one must conclude that the lump sum payment received by the taxpayer is not exempt from taxation in Canada and therefore the Minister's reassessment must stand.

6. CONCLUSION

32 For the above reasons, the appeal should be dismissed with costs.

33 STONE J.A.: I agree.

34 LINDEN, J.A.: I agree.

En réalité, le contribuable cherche à démontrer que l'objet du paragraphe premier de l'article XVIII est de s'assurer que le contribuable demeure exonéré de l'impôt dans un des États contractants (le Canada) parce qu'il pourrait bénéficier d'un taux d'imposition moins élevé dans l'autre État contractant (les États-Unis). Pour parvenir à un tel résultat, il faut forcer le sens courant du paragraphe premier et notamment le sens du terme serait. Il s'agit d'un cas parmi d'autres dans lequel le sens clair ou littéral d'un terme et son sens ordinaire ou contextuel sont en harmonie. L'explication technique nous permet d'en arriver à cette conclusion en appréciant l'objectif fondamental du paragraphe premier. Dans ces conditions, on doit conclure que le paiement forfaitaire qu'a reçu le contribuable n'est pas exonéré d'impôt au Canada. En conséquence, la nouvelle cotisation du ministre est confirmée.

6. DISPOSITIF

Par ces motifs, l'appel devrait être rejeté avec dépens.

LE JUGE STONE, J.C.A.: Je suis du même avis. 33

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Je suis du même avis. 34

A-91-95

A-91-95

George H. Corbett (*Appellant*)**George H. Corbett** (*appelant*)

v.

c.

Her Majesty the Queen (*Respondent*)**Sa Majesté la Reine** (*intimée*)*INDEXED AS: CORBETT v. CANADA (C.A.)**RÉPERTORIÉ: CORBETT c. CANADA (C.A.)*

Court of Appeal, Stone, Linden J.J.A. and Henry D.J.—Vancouver, October 7; Ottawa, October 30, 1996.

Cour d'appel, juges Stone et Linden, J.C.A., et juge suppléant Henry—Vancouver, 7 octobre; Ottawa, 30 octobre 1996.

Income tax — Income calculation — Appeal from trial judgment holding Income Tax Act, s. 79(c) governing tax treatment of proceeds of disposition — Court issuing "Rice Order", allowing mortgagee to purchase property for \$49,000 and including judgment for balance owing — Taxpayer, relying on ss. 13(21)(d)(i), 54(h)(i) (proceeds of disposition including sale price of property), reporting value of disposition as \$49,000 — Minister reassessing, relying on s. 79(c) (where taxpayer acquiring, reacquiring beneficial ownership of property in consequence of other party's failure to pay amount owing, other person's proceeds of disposition including principal amount of taxpayer's claim plus principal amount of any debt owing by other person, to extent extinguished by acquisition, reacquisition) — Holding proceeds of disposition full principal amount still outstanding, \$63,785 — Ss. 13(21)(d)(i), 54(h)(i) applied — Taxpayer receiving specific amount — Ss. 13(21)(d)(i), 54(h)(i) covering sales, other situations where precise compensation figure known — S. 79(c) applying to foreclosures, repossessions where no ascertained amount.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Appel d'une décision de première instance concluant que l'art. 79c) de la Loi de l'impôt sur le revenu régit le traitement fiscal du produit de disposition — La Cour a délivré une «ordonnance de type Rice», permettant au prêteur d'acheter le bien pour un montant fixé à 49 000 \$ et portant jugement pour le solde de sa créance — Le contribuable s'est appuyé sur les art. 13(21)d)(i) et 54h)(i) (le produit de disposition comprend le prix de vente du bien) pour déclarer le montant de 49 000 \$ à titre de valeur de la disposition — Le ministre a établi une nouvelle cotisation en s'appuyant sur l'art. 79c) (lorsqu'un contribuable a acquis ou a acquis de nouveau le beneficial ownership ou la propriété de biens par suite d'un défaut de paiement, de la part de l'autre partie, d'une somme due, doivent être inclus dans le calcul du produit tiré par l'autre personne de la disposition des biens en question le principal de la créance du contribuable plus toutes les sommes dont chacune constitue le principal d'une dette qui avait été due par cette autre personne, dans la mesure où cette dette a été éteinte du fait de l'acquisition ou de la nouvelle acquisition) — Il a conclu que le montant du produit de disposition était le plein montant du principal non remboursé du prêt hypothécaire, soit 63 785 \$ — Les art. 13(21)d)(i) et 54h)(i) s'appliquaient — Le contribuable a reçu un montant déterminé — Les art. 13(21)d)(i) et 54h)(i) visent les ventes et les autres situations où le montant précis de l'indemnité est connu — L'art. 79c) s'applique aux forclusions et aux reprises de possession en l'absence d'un montant déterminé.

Income tax — Income calculation — Deductions — Taxpayer deducting interest paid in 1987 on mortgage before judicial sale — Income Tax Act, s. 20(1)(c) permitting deduction of interest on amount payable for property acquired to gain or produce income therefrom — Minister (affirmed by Trial Judge) correctly disallowing deduction because no reasonable expectation of profit (Moldowan test) — Where clear no profit can be earned in year or forever after because of judicial sale proceedings, Moldowan applicable.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Le contribuable a déduit les intérêts versés en 1987 sur une hypothèque avant une vente judiciaire — L'art. 20(1)c) de la Loi de l'impôt sur le revenu permet de déduire les intérêts sur une somme payable pour un bien acquis en vue d'en tirer un revenu — Le ministre (ainsi que l'a confirmé le juge de première instance) a eu raison de refuser la déduction parce qu'il n'existait aucune expectative raisonnable de profit (le critère établi dans l'affaire Moldowan) — Lorsqu'il est évident qu'aucun

Construction of statutes — Meaning of Income Tax Act section providing code for fair, consistent treatment of dispositions where no definite figure (as foreclosures) — Meaning of language clear but interpretation supported by marginal notes — Forming no part of enactment but can be used to aid Court — Interpretation Bulletin has no binding effect but looked at as part of context of legislation — Here no conflict between specific, general statutory provision.

This was an appeal from the trial judgment holding that paragraph 79(c) of the *Income Tax Act* governed the tax treatment of the proceeds of disposition in 1987 of certain rental property. The appellant had invested in a multiple unit residential building (MURB) in 1981 to profit from rental income as well as from possible capital gains upon the ultimate sale of the property. After a default in the mortgage payments, the Alberta Court of Queen's Bench issued a "Rice Order", allowing the mortgagee to purchase the property for \$49,000 and including a judgment for the balance of the amount owing. The appellant, relying on subparagraphs 13(21)(d)(i) and 54(h)(i) reported \$49,000 as the value of the disposition. Subparagraphs 13(21)(d)(i) and 54(h)(i) state that "proceeds of disposition" includes the sale price of property that has been sold. The Minister, relying on paragraph 79(c), reassessed the taxpayer, treating the proceeds from the disposition as the full principal amount still outstanding on the mortgage, \$63,785. Paragraph 79(c) provides that where a taxpayer has acquired or reacquired the beneficial ownership of the property in consequence of the other party's failure to pay an amount owing, there shall be included in the other person's proceeds of disposition the principal amount of the taxpayer's claim plus the principal amount of any debt that had been owing by the other person, to the extent that it has been extinguished by the acquisition or reacquisition. The appellant deducted pursuant to paragraph 20(1)(c) the amount of interest he had paid on the mortgage in 1987 prior to the sale, but the deduction was disallowed on the ground that there was no reasonable expectation of profit during that period, hence the *Moldowan* test applied. The Trial Judge agreed. Paragraph 20(1)(c) permits the deduction of interest on an amount payable for property acquired for the purpose of gaining or producing income therefrom.

profit ne peut en être tiré dans l'année ou jamais par la suite à cause de la vente judiciaire, l'arrêt Moldowan est applicable.

Interprétation des lois — Sens de l'article de la Loi de l'impôt sur le revenu qui prévoit un code pour le traitement équitable et cohérent des dispositions de biens lorsqu'aucun montant déterminé n'est en cause (comme les forclusions) — Sens d'un libellé clair mais interprétation étayée par les notes marginales — Elles ne font pas partie de la loi mais on peut y recourir pour aider la Cour — Le Bulletin d'interprétation n'a pas de force exécutoire mais est considéré comme faisant partie du contexte de la loi — Il n'existe pas de conflit en l'espèce entre une disposition législative spécifique et une disposition législative générale.

Il s'agissait d'un appel formé contre un jugement de première instance selon lequel l'alinéa 79c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* régissait le traitement fiscal du produit de disposition d'un certain bien locatif en 1987. L'appelant avait investi dans un immeuble résidentiel à logements multiples (IRLM) en 1981 dans le but d'en tirer un revenu de location ainsi qu'un gain en capital éventuel le jour où il le vendrait de façon définitive. Comme il y avait eu défaut de paiement des versements hypothécaires, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a délivré une «ordonnance de type Rice», permettant au prêteur d'acheter le bien pour un montant fixé à 49 000 \$ et portant jugement pour le solde de sa créance. L'appelant s'est appuyé sur les sous-alinéas 13(21)d)(i) et 54h)(i) pour déclarer le montant de 49 000 \$ à titre de valeur de la disposition. Les sous-alinéas 13(21)d)(i) et 54h)(i) prévoient que le «produit de disposition» comprend le prix de vente des biens qui ont été vendus. Le ministre a invoqué l'alinéa 79c) pour établir une nouvelle cotisation relativement au contribuable, fixant le montant du produit de disposition à 63 785 \$, soit le plein montant du principal non remboursé du prêt hypothécaire. L'alinéa 79c) mentionne que, lorsqu'un contribuable a acquis ou a acquis de nouveau le *beneficial ownership* ou la propriété de ces biens par suite d'un défaut de paiement, de la part de l'autre partie, d'une somme due, doivent être inclus dans le calcul du produit tiré par l'autre personne de la disposition des biens en question le principal de la créance du contribuable plus toutes les sommes dont chacune constitue le principal d'une dette qui avait été due par cette autre personne, dans la mesure où cette dette a été éteinte du fait de l'acquisition ou de la nouvelle acquisition. L'appelant a déduit le montant des intérêts versés sur le prêt hypothécaire en 1987, avant la vente du bien en vertu de l'alinéa 20(1)c), mais le ministre a refusé cette déduction pour le motif que le contribuable n'avait, au cours de cette période, aucune expectation raisonnable de profit et que, par conséquent, le critère établi dans l'arrêt *Moldowan* s'appliquait. Le juge de première instance lui a donné raison. L'alinéa 20(1)c) permet de

The issues were: (1) whether *Income Tax Act*, subparagraphs 13(21)(d)(i) and 54(h)(i) or paragraph 79(c) applied; and (2) whether interest paid by the taxpayer in 1987 was deductible.

Held, the appeal should be allowed concerning the application of paragraph 79(c), but dismissed concerning the disallowance of the interest deduction.

(1) Subparagraphs 13(21)(d)(i) and 54(h)(i) applied. Paragraphs 13(21)(d) and 54(h) cover sales and other situations where a precise compensation figure is known. A specific amount was received by the taxpayer as a result of a "Rice Order" which led to a judicial sale of the property. A sale is a sale, whether done voluntarily or pursuant to a court order. This is so because the sale price is determined by the court. It is a definite amount that is paid and received, leaving nothing to be ascertained later.

Paragraph 79(c) covers acquisitions by lenders where no fixed price is paid, where it might take some time to ascertain the true value of what has been disposed of, where lenders may be forced to keep the property for some time before disposing of it, and where different parties may calculate the value of the disposition differently i.e. foreclosures and repossessions. The marginal note to paragraph 79(c) is "Mortgage foreclosures and conditional sales repossessions", indicating that it applies to situations where there is no determined sale price. Although the *Interpretation Act* states that marginal notes "form no part of an enactment", they can be used to aid the Court. If it were intended to cover all acquisitions by lenders, whether by sale or not, the marginal notes would have so described the subsection. The Interpretation Bulletin states that it deals with those rules in section 79 which apply where a mortgagee or similar creditor acquires or reacquires beneficial ownership of a property, by foreclosure, repossession or quit claim. There is no mention of a judicial sale to the lender, which could have been included if it was thought to be covered by the subsection. While not binding, Interpretation Bulletins may be looked at as part of the context of the legislation.

Both provisions at issue were specific but covered different situations. There was here no conflict between a

déduire les intérêts liés à une somme payable pour un bien acquis en vue d'en tirer un revenu.

Il s'agissait de savoir (1) si c'étaient les sous-alinéas 13(21)d(i) et 54h(i) ou bien l'alinéa 79c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui s'appliquaient; et (2) si les intérêts versés par le contribuable en 1987 étaient déductibles.

Arrêt: l'appel doit être accueilli en ce qui concerne l'application de l'alinéa 79c), mais rejeté en ce qui concerne le refus de déduire les intérêts.

(1) Les sous-alinéas 13(21)d(i) et 54h(i) s'appliquaient. Les alinéas 13(21)d) et 54h) visent les ventes et les autres situations où le montant précis de l'indemnité est connu. Un montant précis a été reçu par le contribuable à la suite d'une «ordonnance de type Rice» qui a entraîné la vente judiciaire du bien. Une vente constitue une vente, peu importe qu'elle soit volontaire ou qu'elle résulte d'une ordonnance judiciaire. Il en est ainsi parce que le prix de vente est fixé par la cour. Un montant déterminé est payé et reçu, de sorte qu'il n'existe alors aucun élément dont la détermination est remise à plus tard.

L'alinéa 79c) vise les acquisitions effectuées par les prêteurs dans un contexte où aucun prix déterminé n'est versé, où il faut un certain délai avant de connaître la valeur réelle du bien faisant l'objet de la disposition, où les prêteurs peuvent être forcés de conserver le bien pendant un certain temps avant d'en disposer et où différentes parties peuvent calculer la valeur de la disposition de façon différente, c'est-à-dire dans des situations comprenant les forclusions et les reprises de possession. La note marginale accompagnant l'alinéa 79c) est la suivante: «Forclusion d'hypothèques et reprise de biens qui ont fait l'objet d'une vente conditionnelle» et laisse croire qu'elle vise les situations dans lesquelles le prix de vente n'est pas déterminé. Si, selon la *Loi d'interprétation*, les notes marginales apparaissant dans le texte d'une loi «ne font pas partie de celui-ci», il est possible de recourir à ces notes pour aider la Cour. Si cette disposition devait s'appliquer à toutes les acquisitions par un prêteur, par voie de vente ou autrement, les notes marginales auraient décrit cette disposition en conséquence. Le Bulletin d'interprétation prévoit qu'il traite des règles prévues à l'article 79 pour les cas où un créancier hypothécaire ou un créancier semblable acquiert ou réacquiert la propriété de fait (*beneficial ownership*) d'un bien par voie d'une forclusion, d'une reprise ou d'une renonciation. Il n'est pas fait mention d'une vente judiciaire en faveur du prêteur, élément qui aurait pu être inclus si on croyait que cette disposition s'y appliquait. Bien qu'il n'ait aucun effet exécutoire, le Bulletin d'interprétation peut être considéré comme un élément du contexte dans lequel se situe la loi.

Les deux dispositions en cause étaient spécifiques mais visaient des situations différentes. Il n'y avait pas de

general and a specific statutory provision such as to invoke the principle of statutory construction to prefer the specific. Otherwise, a judicial sale to a lender would have to be treated differently by the taxpayer than a sale at the same price to a third person, something that Parliament cannot have intended.

(2) The Trial Judge correctly disallowed the deduction of interest. In applying *Moldowan*, it is not whether profit is earned, but whether it could reasonably be earned. As long as the business has a reasonable chance of earning profit in the year or in the near future, the interest is deductible, whether or not there actually was a profit earned in a given taxation year. Where, as here, no profit is possible in the year or in the near future (i.e. because of the judicial sale), *Moldowan* is applicable, and no deduction can be allowed.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 13(21)(d), 20(1)(c) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 12), 54(h), 79.

Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 14.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

R. v. Wigglesworth, [1987] 2 S.C.R. 541; (1987), 45 D.L.R. (4th) 235; [1988] 1 W.W.R. 193; 61 Sask. R. 105; 37 C.C.C. (3d) 385; 60 C.R. (3d) 193; 81 N.R. 161; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; (1984), 9 D.L.R. (4th) 161; 11 C.C.C. (3d) 481; 53 N.R. 169; 3 O.A.C. 321; *Lowe, R.P.B. v. The Queen* (1996), 96 DTC 6226 (F.C.A.); *Vaillancourt v. Deputy M.N.R.*, [1991] 3 F.C. 663; [1991] 2 C.T.C. 42; (1991), 91 DTC 5408 (Eng.); 91 DTC 5352 (Fr.) (C.A.); *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103; [1995] 2 C.T.C. 369; (1995), 95 DTC 5551; *Moldowan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480; (1977), 77 D.L.R. (3d) 112; [1977] CTC 310; 77 DTC 5213; 15 N.R. 476.

DISTINGUISHED:

Emerson (R I) v. The Queen, [1985] 1 CTC 324; (1985), 85 DTC 5236 (F.C.T.D.); affd [1986] 1 C.T.C. 422; (1986), 86 DTC 6184 (F.C.A.); *Tennant v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 305; [1996] 1 C.T.C. 290; (1996), 96 DTC 6121; *Tennant (J.M.) v. Canada*,

conflit entre une disposition législative générale et une disposition législative spécifique, qui ait permis d'invoquer le principe d'interprétation législative pour préférer la disposition spécifique. Autrement, le contribuable devrait traiter différemment une vente judiciaire en faveur du prêteur et une vente conclue au même prix en faveur d'un tiers, situation que le législateur ne pouvait avoir l'intention de créer.

(2) Le juge de première instance a eu raison de refuser la déduction des intérêts. Lorsqu'on applique l'arrêt *Moldowan*, on ne se demande pas si un profit est réalisé, mais peut raisonnablement être réalisé. Dans la mesure où il existe une possibilité raisonnable que l'entreprise réalise un profit au cours de l'année ou dans un avenir rapproché, les intérêts sont déductibles, peu importe qu'un profit soit effectivement réalisé au cours d'une année d'imposition donnée. Lorsqu'il est impossible, comme en l'espèce, qu'un profit soit réalisé au cours de l'année ou dans un avenir rapproché (c.-à-d. à cause de la vente judiciaire), l'affaire *Moldowan* s'applique et aucune déduction ne peut être permise.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 13(21)d), 20(1)c) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 12; 1985, ch. 45, art. 126), 54h), 79.

Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 14.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

R. c. Wigglesworth, [1987] 2 R.C.S. 541; (1987), 45 D.L.R. (4th) 235; [1988] 1 W.W.R. 193; 61 Sask. R. 105; 37 C.C.C. (3d) 385; 60 C.R. (3d) 193; 81 N.R. 161; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; (1984), 9 D.L.R. (4th) 161; 11 C.C.C. (3d) 481; 53 N.R. 169; 3 O.A.C. 321; *Lowe, R.P.B. c. La Reine* (1996), 96 DTC 6226 (C.A.F.); *Vaillancourt c. Sous-ministre M.R.N.*, [1991] 3 C.F. 663; [1991] 2 C.T.C. 42; (1991), 91 DTC 5408 (Angl.); 91 DTC 5352 (Fr.) (C.A.); *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; [1995] 2 C.T.C. 369; (1995), 95 DTC 5551; *Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480; (1977), 77 D.L.R. (3d) 112; [1977] CTC 310; 77 DTC 5213; 15 N.R. 476.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Emerson (R I) c. La Reine, [1985] 1 CTC 324; (1985), 85 DTC 5236 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par [1986] 1 C.T.C. 422; (1986), 86 DTC 6184 (C.A.F.); *Tennant c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 305; [1996] 1 C.T.C. 290; (1996), 96 DTC 6121; *Tennant (J.M.) c. Canada*,

[1993] 1 C.T.C. 148; (1993), 93 DTC 5067; 59 F.T.R. 258 (F.C.T.D.); *Tennant (J.M.) v. Canada*, [1994] 2 C.T.C. 113; (1994), 94 DTC 6505; 175 N.R. 332 (F.C.A.); *Tonn v. Canada*, [1996] 2 F.C. 73; (1995), 96 DTC 6001; 191 N.R. 182 (C.A.); *revg Tonn et al. v. The Queen* (1994), 96 DTC 1806 (T.C.C.).

REFERRED TO:

Brill, R.C. v. The Queen (1995), 95 DTC 5435 (F.C.T.D.); *Coad, R.A. v. The Queen* (1995), 95 DTC 5426 (F.C.T.D.); *Farn et al. v. The Queen* (1995), 95 DTC 5426 (F.C.T.D.); *Leung, M. v. The Queen* (1995), 95 DTC 5455 (F.C.T.D.); *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32; (1987), 36 D.L.R. (4th) 197; [1987] 1 C.T.C. 117; 87 DTC 5059; 25 E.T.R. 13; 71 N.R. 134; *Ochitwa, J.O. v. The Queen* (1995), 95 DTC 5442 (F.C.T.D.).

AUTHORS CITED

Krishna, Vern. "Interest Deductibility: More Form over Substance" (1993), 4 *Can. Curr. Tax* C17.
 Revenue Canada, Taxation. *Interpretation Bulletin* IT-505. Ottawa: Revenue Canada, December 22, 1986.
 Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPEAL from trial judgment holding that *Income Tax Act*, paragraph 79(c) governed the tax treatment of the proceeds of disposition in 1987 of certain rental property pursuant to a judicial sale, and disallowing deduction of interest paid in 1987 on the mortgage (*Corbett, G.H. v. The Queen* (1995), 95 DTC 5448 (F.C.T.D.)). Appeal allowed concerning the application of paragraph 79(c); dismissed concerning interest deductions.

COUNSEL:

Gregory T. W. Bowden, Q.C. for appellant.
L. P. Chambers for respondent.

SOLICITORS:

Lawson Lundell Lawson & McIntosh, Vancouver, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

[1993] 1 C.T.C. 148; (1993), 93 DTC 5067; 59 F.T.R. 258 (C.F. 1^{re} inst.); *Tennant (J.M.) c. Canada*, [1994] 2 C.T.C. 113; (1994), 94 DTC 6505; 175 N.R. 332 (C.A.F.); *Tonn c. Canada*, [1996] 2 C.F. 73; (1995), 96 DTC 6001; 191 N.R. 182 (C.A.); infirmant *Tonn et al. c. La Reine* (1994), 96 DTC 1806 (C.C.I.).

DÉCISIONS CITÉES:

Brill, R.C. c. La Reine (1995), 95 DTC 5435 (C.F. 1^{re} inst.); *Coad, R.A. c. La Reine* (1995), 95 DTC 5426 (C.F. 1^{re} inst.); *Farn et al. c. La Reine* (1995), 95 DTC 5426 (C.F. 1^{re} inst.); *Leung, M. c. La Reine* (1995), 95 DTC 5455 (C.F. 1^{re} inst.); *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32; (1987), 36 D.L.R. (4th) 197; [1987] 1 C.T.C. 117; 87 DTC 5059; 25 E.T.R. 13; 71 N.R. 134; *Ochitwa, J.O. c. La Reine* (1995), 95 DTC 5442 (C.F. 1^{re} inst.).

DOCTRINE

Krishna, Vern. «Interest Deductibility: More Form over Substance» (1993), 4 *Can. Curr. Tax* C17.
 Revenue Canada, Impôt. *Bulletin d'interprétation* IT-505. Ottawa: Revenue Canada, 22 décembre 1986.
 Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPEL d'une décision de première instance concluant que l'alinéa 79c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* régissait le traitement fiscal du produit de disposition d'un certain bien locatif en 1987 conformément à une vente judiciaire et refusant la déduction d'intérêts versés en 1987 sur l'hypothèque (*Corbett, G.H. c. La Reine* (1995), 95 DTC 5448 (C.F. 1^{re} inst.)). Appel accueilli en ce qui concerne l'application de l'alinéa 79c); rejeté en ce qui concerne les déductions d'intérêts.

AVOCATS:

Gregory T. W. Bowden, c.r. pour l'appellant.
L. P. Chambers pour l'intimée.

PROCUREURS:

Lawson Lundell Lawson & McIntosh, Vancouver, pour l'appellant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimée.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

1 LINDEN J.A.: The main issue in this appeal and five others¹ argued with it is whether the proceeds of a disposition of certain rental property in 1987 are to be taxed in accordance with subparagraphs 13(21)(d)(i) and 54(h)(i) or pursuant to paragraph 79(c) of the *Income Tax Act*.²

1 LE JUGE LINDEN, J.C.A.: La principale question que la Cour doit trancher dans le présent appel et dans cinq autres appels¹ plaidés en même temps est celle de savoir si le produit de disposition d'un certain bien locatif en 1987 doit être imposé en conformité avec les sous-alinéas 13(21)d(i) et 54h(i) ou en conformité avec l'alinéa 79c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.²

2 The Trial Judge decided in favour of the Crown, holding that paragraph 79(c), as the more specific provision, should govern the tax treatment of the proceeds of the disposition which occurred as a result of a type of judicial sale called a "Rice Order".

2 Le juge de première instance a rendu une décision favorable à la Couronne en statuant que l'alinéa 79c), parce qu'il est la disposition la plus spécifique, devait régir le traitement fiscal du produit de disposition résultant d'une vente judiciaire appelée «ordonnance de type Rice».

3 The appellant's counsel contended that this was in error; the correct provisions under which this disposition should be taxed, he suggested, are subparagraphs 13(21)(d)(i) and 54(h)(i) which deal with sales of all kinds, including judicial sales. He argued that paragraph 79(c) is meant to cover only acquisitions by foreclosure or other types of takeovers where no fixed price has been set.

3 L'avocat de l'appelant a soutenu que cette conclusion était erronée; selon ses prétentions, le produit de disposition devrait plutôt être imposé en vertu des sous-alinéas 13(21)d(i) et 54h(i) qui s'appliquent aux ventes de toutes sortes, et notamment aux ventes judiciaires. Il a soutenu que l'alinéa 79c) a pour objet uniquement les acquisitions par voie de forclusion et autres types de reprises dans les cas où aucun prix déterminé n'a été fixé.

4 Counsel for the Crown defends the decision of the Trial Judge, arguing that paragraph 79(c) is a relatively complete code designed to furnish a tax regime for all types of acquisitions by lenders from borrowers (including sales) in order to ensure harmony in their tax treatment.

4 L'avocat de la Couronne défend la décision du juge de première instance et fait valoir que l'alinéa 79c) constitue un code relativement complet, conçu pour établir un régime fiscal applicable à tous les types d'acquisitions par un prêteur du bien d'un emprunteur (y compris les ventes), en vue d'en harmoniser le traitement fiscal.

5 Subparagraph 13(21)(d)(i) in 1987 read as follows:

5 Voici le libellé du sous-alinéa 13(21)d(i) en vigueur en 1987:

13. . . .

13. . . .

(d) "proceeds of disposition" of property includes
 (i) the sale price of property that has been sold,
 (ii) compensation for property unlawfully taken,
 (iii) compensation for property destroyed and any amount payable under a policy of insurance in respect of loss or destruction of property,

d) le «produit de disposition» de biens comprend,
 (i) le prix de vente des biens qui ont été vendus,
 (ii) toute indemnité pour biens pris illégalement,
 (iii) toute indemnité afférente à la destruction de biens et toute somme payable en vertu d'une police d'assurance du fait de la perte ou de la destruction de biens,

(iv) compensation for property taken under statutory authority or the sale price of property sold to a person by whom notice of an intention to take it under statutory authority was given,

(v) compensation for property injuriously affected, whether lawfully or unlawfully or under statutory authority or otherwise,

(vi) compensation for property damaged and any amount payable under a policy of insurance in respect of damage to property, except to the extent that such compensation or amount, as the case may be, has within a reasonable time after the damage been expended on repairing the damage,

(vii) an amount by which the liability of a taxpayer to a mortgagee is reduced as a result of the sale of mortgaged property under a provision of the mortgage, plus any amount received by the taxpayer out of the proceeds of such sale, and

(viii) any amount included in computing a taxpayer's proceeds of disposition of the property by virtue of paragraph 79(c);

6 Paragraph 54(h) then stipulated:

54. . . .

(h) "proceeds of disposition" of property includes,

(i) the sale price of property that has been sold,
 (ii) compensation for property unlawfully taken,
 (iii) compensation for property destroyed, and any amount payable under a policy of insurance in respect of loss or destruction of property,

(iv) compensation for property taken under statutory authority or the sale price of property sold to a person by whom notice of an intention to take it under statutory authority was given,

(v) compensation for property injuriously affected, whether lawfully or unlawfully or under statutory authority or otherwise,

(vi) compensation for property damaged and any amount payable under a policy of insurance in respect of damage to property, except to the extent that such compensation or amount, as the case may be, has within a reasonable time after the damage been expended on repairing the damage,

(vii) an amount by which the liability of a taxpayer to a mortgagee is reduced as a result of the sale of mortgaged property under a provision of the mortgage, plus any amount received by the taxpayer out of the proceeds of such sale,

(iv) toute indemnité afférente aux biens pris en vertu d'une loi ou le prix de vente des biens vendus à une personne ayant donné un avis de son intention de les prendre en vertu d'une loi,

(v) toute indemnité afférente aux biens ayant subi un préjudice, légalement ou illégalement, ou en vertu d'une loi ou de toute autre façon,

(vi) toute indemnité afférente aux dommages causés aux biens et toute somme payable en vertu d'une police d'assurance au titre de dommages causés à des biens, sauf dans la mesure où cette indemnité ou cette somme, suivant le cas, a, dans un délai raisonnable après que les dommages ont été subis, été dépensée pour la réparation des dommages,

(vii) le montant de la réduction de la dette dont un contribuable est débiteur envers un créancier hypothécaire découlant de la vente du bien hypothéqué en vertu d'une clause du contrat d'hypothèque, plus toute partie du produit d'une telle vente reçue par le contribuable, et

(viii) toute somme incluse, en vertu de l'alinéa 79c), dans le calcul du produit de disposition de biens revenant à un contribuable;

L'alinéa 54(h) disposait alors:

6

54. . . .

h) «produit de disposition» d'un bien comprend

(i) le prix de vente du bien qui a été vendu,
 (ii) toute indemnité pour biens pris illégalement,
 (iii) toute indemnité afférente à la destruction de biens, et toute somme payable en vertu d'une police d'assurance du fait de la perte ou de la destruction de biens,

(iv) toute indemnité afférente aux biens pris en vertu d'une loi, ou le montant du prix de vente des biens vendus à une personne ayant donné un avis de son intention de les prendre en vertu d'une loi,

(v) toute indemnité afférente aux biens ayant subi un préjudice, légalement ou illégalement, ou en vertu d'une loi ou de toute autre façon,

(vi) toute indemnité afférente aux dommages causés aux biens et toute somme payable en vertu d'une police d'assurance au titre de dommages causés à des biens, sauf dans la mesure où cette indemnité ou cette somme, suivant le cas, a, dans un délai raisonnable après que les dommages ont été subis, été dépensée pour réparer les dommages,

(vii) le montant de la réduction de la dette dont un contribuable est débiteur envers un créancier hypothécaire découlant de la vente du bien hypothéqué en vertu d'une clause du contrat d'hypothèque, plus toute partie du produit d'une telle vente reçue par le contribuable,

(viii) any amount included in computing a taxpayer's proceeds of disposition of the property by virtue of paragraph 79(c)

7 Section 79 then enacted:

79. Where, at any time in a taxation year, a taxpayer who

(a) was a mortgagee or other creditor of another person who had previously acquired property, or

(b) had previously sold property to another person under a conditional sales agreement,

has acquired or reacquired the beneficial ownership of the property in consequence of the other person's failure to pay all or any part of an amount (in this section referred to as the "taxpayer's claim") owing by him to the taxpayer, the following rules apply:

(c) there shall be included, in computing the other person's proceeds of disposition of the property, the principal amount of the taxpayer's claim plus all amounts each of which is the principal amount of any debt that had been owing by the other person, to the extent that it has been extinguished by virtue of the acquisition or reacquisition, as the case may be;

(d) any amount paid by the other person after the acquisition or reacquisition, as the case may be, as, on account of or in satisfaction of the taxpayer's claim shall be deemed to be a loss of that person, for his taxation year in which payment of that amount was made, from the disposition of the property;

(e) in computing the income of the taxpayer for the year,

(i) the amount, if any, claimed by him under subparagraph 40(1)(a)(iii) in computing his gain for the immediately preceding taxation year from the disposition of the property, and

(ii) the amount, if any, deducted under paragraph 20(1)(n) in computing the income of the taxpayer for the immediately preceding year in respect of the property,

shall be deemed to be nil;

(f) the taxpayer shall be deemed to have acquired or reacquired, as the case may be, the property at the amount, if any, by which the cost at that time of the taxpayer's claim exceeds the amount described in subparagraph (e) (i) or (ii), as the case may be, in respect of the property;

(g) the adjusted cost base to the taxpayer of the taxpayer's claim shall be deemed to be nil; and

(h) in computing the taxpayer's income for the year or a subsequent year, no amount is deductible in respect of the taxpayer's claim by virtue of paragraph 20(1)(l) or (p).

(viii) toute somme comprise, en vertu de l'alinéa 79c), dans le calcul du produit de disposition de biens revenant à un contribuable,

Quant à l'article 79, voici ce qu'il prévoyait:

7

79. Lorsque, à une date quelconque pendant une année d'imposition, un contribuable qui

a) était créancier hypothécaire ou autre d'une autre personne qui avait auparavant acquis des biens, ou

b) avait auparavant vendu des biens à une autre personne en vertu d'un contrat de vente conditionnelle,

a acquis, ou a acquis de nouveau le *beneficial ownership* ou la propriété de ces biens par suite d'un défaut de paiement total ou partiel, de la part de l'autre personne, d'une somme (appelée dans le présent article la «créance du contribuable») que celle-ci doit au contribuable, les règles suivantes s'appliquent:

c) doivent être inclus dans le calcul du produit tiré par l'autre personne de la disposition des biens en question, le principal de la créance du contribuable plus toutes les sommes dont chacune constitue le principal d'une dette qui avait été due par cette autre personne dans la mesure où cette dette a été éteinte du fait de l'acquisition ou de la nouvelle acquisition, selon le cas;

d) toute somme payée par l'autre personne après l'acquisition ou la nouvelle acquisition, selon le cas, au titre ou en paiement intégral ou partiel de la créance du contribuable, est réputée être une perte subie par cette personne du fait de la disposition de ces biens pour son année d'imposition dans laquelle cette somme a été versée;

e) dans le calcul du revenu du contribuable pour l'année, sont réputées nulles,

(i) la somme, si somme il y a, dont il réclame l'admission en vertu du sous-alinéa 40(1)a)(iii), lors du calcul de son gain pour l'année d'imposition précédente, tiré de la disposition des biens, et

(ii) la somme déduite, si somme il y a, relativement à ces biens, en vertu de l'alinéa 20(1)n) lors du calcul du revenu du contribuable pour l'année précédente;

f) le contribuable est réputé avoir acquis ou avoir acquis de nouveau les biens, selon le cas, à un prix égal à l'excédent, si excédent il y a, du principal de la créance du contribuable sur la somme visée au sous-alinéa e)(i) ou (ii), selon le cas, relativement à ces biens;

g) le prix de base rajusté, pour le contribuable, de la créance du contribuable est réputé nul; et

h) lors du calcul du revenu du contribuable pour l'année ou une année postérieure, aucune somme n'est déductible relativement à la créance du contribuable en vertu de l'alinéa 20(1)l) ou p).

8 The facts in summary are that the appellant invested in a multiple unit residential building (MURB) called "Sun Creek" in 1981 in the Province of Alberta. His purpose was to profit from rental income as well as from possible capital gains upon the ultimate sale of the property. The property was subject to a mortgage in favour of the Standard Trust Company. During the economic downturn in the mid 1980s, there was default in the mortgage payments, leading to an action in the Alberta Court of Queen's Bench by the mortgagee. On March 15, 1987, the Court issued what is called a "Rice Order", allowing the lender to purchase the property for an amount determined to be \$49,000 and including a judgment for the balance of the amount owing. The appellant, relying on subparagraphs 13(21)(d)(i) and 54(h)(i), reported in his 1987 return the value of the disposition at the amount of \$49,000 the purchase price paid to him by Standard Trust Company. The Minister, relying on paragraph 79(c), reassessed the taxpayer, regarding the proceeds from the disposition as the full principal amount still outstanding on the mortgage, \$63,785. The appellant in his tax return also deducted the amount of interest he paid on the mortgage in 1987 before the sale of the property pursuant to paragraph 20(1)(c) [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 12], but the Minister disallowed this, which issue is also to be decided in this appeal.

Résumons les faits. L'appelant a investi dans un immeuble résidentiel à logements multiples (IRLM) appelé «Sun Creek» en 1981, dans la province d'Alberta. Son but était d'en tirer un revenu de location ainsi qu'un gain en capital éventuel le jour où il le vendrait de façon définitive. L'immeuble était grevé d'une hypothèque en faveur de la Compagnie Standard Trust. Pendant la récession survenue au milieu des années 1980, il y a eu défaut de paiement des versements hypothécaires, ce qui a amené le créancier hypothécaire à intenter une action devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta. Le 15 mars 1987, la Cour a délivré ce qu'il est convenu d'appeler une «ordonnance de type Rice», permettant au prêteur d'acheter le bien pour un montant fixé à 49 000 \$ et portant jugement pour le solde de sa créance. L'appelant s'est appuyé sur les sous-alinéas 13(21)d(i) et 54h(i) pour préparer sa déclaration de revenus pour l'année 1987 et y a évalué la valeur de la disposition à 49 000 \$, soit le montant du prix d'achat que lui a versé la Compagnie Standard Trust. Le ministre a invoqué l'alinéa 79c) pour établir une nouvelle cotisation relativement au contribuable, fixant le montant du produit de disposition à 63 785 \$, soit le plein montant du principal non remboursé du prêt hypothécaire. Dans sa déclaration de revenus, l'appelant a en outre déduit le montant des intérêts versés sur le prêt hypothécaire en 1987, avant la vente du bien en vertu de l'alinéa 20(1)c) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 12; 1985, ch. 45, art. 126], mais le ministre a refusé cette déduction. Ce refus est également porté en appel.

9 In my view, the proper tax treatment of this disposition is according to subparagraphs 13(21)(d)(i) and 54(h)(i). Utilizing the "words-in-context" approach to the *Income Tax Act*, as outlined recently in *Friesen v. Canada*,³ it is plain to me that paragraphs 13(21)(d) and 54(h) prescribe the amount or value of the proceeds or benefit received from a disposition of property so as to help to determine the appropriate capital gain or loss from that disposition. In the case of a simple sale, the amount of the sale price is the figure that is used.⁴ Other situations are also set out, where specific amounts are received as compensation for the loss

À mon avis, ce sont les sous-alinéas 13(21)d(i) et 54h(i) qu'il faut appliquer à cette disposition. Si l'on applique la *Loi de l'impôt sur le revenu* en interprétant les mots dans leur contexte, conformément à la décision récente *Friesen c. Canada*³, il est clair selon moi que les alinéas 13(21)d) et 54h) fixent le montant ou la valeur du produit ou de l'avantage reçu à la suite de la disposition de biens, aux fins de la détermination du juste montant de la perte ou du gain en capital résultant de cette disposition. Dans le cas d'une vente simple, le montant qui doit être utilisé est le prix de vente⁴. D'autres situations sont également

of property in various ways such as destruction or expropriation.⁵

prévues, dans lesquelles des montants particuliers sont reçus à titre d'indemnité pour le préjudice subi par un bien de différentes façons, notamment si le bien est détruit ou exproprié⁵.

10 In this case, a specific amount was received by the taxpayer as a result of a "Rice Order" which led to a judicial sale of the property. It is clear to me that a sale is a sale, whether it is done voluntarily or pursuant to a court order. This is so because the sale price is determined by the court. It is a definite amount that is paid and received. It leaves nothing to be ascertained later. I see no ambiguity here.

En l'espèce, un montant précis a été reçu par le contribuable à la suite d'une «ordonnance de type Rice» qui a entraîné la vente judiciaire du bien. Il est manifeste, selon moi, qu'une vente constitue une vente, peu importe qu'elle soit volontaire ou qu'elle résulte d'une ordonnance judiciaire. Il en est ainsi parce que le prix de vente est fixé par la Cour. Un montant déterminé est payé et reçu. Il n'existe alors aucun élément dont la détermination est remise à plus tard. Je ne vois ici aucune ambiguïté. 10

11 I am not persuaded by counsel for the Crown who contends that paragraph 79(c) should be used to determine the amount of the disposition, that is, the amount of the debt still owing at the time of the disposition. In my view, this would be a needless exercise in abstraction, not necessary in a case such as this, where there has been a judicial sale at a fixed price. It would not be consistent with the commercial reality of the situation. Normally, the *Income Tax Act* taxes someone on the basis of what has actually been received, not on the basis of some theoretical formula.

L'avocat de la Couronne ne m'a pas persuadé qu'il faut appliquer l'alinéa 79c) pour déterminer le montant du produit de disposition, c'est-à-dire le montant de la dette encore due au moment de la disposition. Il s'agirait, selon moi, d'un exercice abstrait futile, inutile dans des circonstances telles celles qui nous sont soumises, lorsqu'une vente judiciaire a été effectuée à un prix déterminé. Cette façon de procéder ne serait pas compatible avec la réalité commerciale. Normalement, la *Loi de l'impôt sur le revenu* fixe l'impôt à payer par un contribuable selon ce qu'il a effectivement reçu, et non en appliquant une formule théorique quelconque. 11

12 The situations meant to be covered by paragraph 79(c) are acquisitions by the lenders in a context where no fixed price is paid, and where it might take some time to ascertain the true value of what has been disposed of. Paragraph 79(c) provides a useful code for the fair and consistent treatment of dispositions where no definite figure is involved. Such situations include foreclosures and repossessions, where lenders may be forced to keep the property for some time before disposing of it and where different parties may calculate the value of the disposition differently.

Les situations visées par l'alinéa 79c) sont les acquisitions effectuées par les prêteurs dans un contexte où aucun prix déterminé n'est versé et où il faut un certain délai avant de connaître la valeur réelle du bien faisant l'objet de la disposition. L'alinéa 79c) établit un code utile pour le traitement équitable et cohérent des dispositions lorsqu'aucun montant déterminé n'est en cause. Ces situations comprennent les forclusions et les reprises de possession, lorsque les prêteurs peuvent être forcés de conserver le bien pendant un certain temps avant d'en disposer et lorsque différentes parties peuvent calculer la valeur de la disposition de façon différente. 12

13 Notwithstanding what I view as the clear meaning of the above language, there is, if needed, further

La signification des mots susmentionnés me paraît claire, mais cette interprétation pourrait en outre 13

support for this interpretation in the marginal notes. Although the *Interpretation Act*⁶ states that marginal notes “form no part of an enactment”, it is permissible to consider them as part of the context of the legislation as a whole. As Madam Justice Wilson wrote in *R. v. Wigglesworth*:⁷

There is no doubt that the traditional view was that marginal notes could not be used as aids to interpretation as they formed no part of the Act which was passed by Parliament . . . But reference to marginal notes has been made in some English authorities . . . And this Court has used statutory headings to assist in interpreting sections of the *Charter*.

Her Ladyship quotes Mr. Justice Estey in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*,⁸ where he opined that a “court should not, by the adoption of a technical rule of construction, shut itself off from whatever small assistance might be gathered from an examination of the heading”. Madam Justice Wilson observed [at page 558]:

It must be acknowledged, however, that marginal notes, unlike statutory headings, are not an integral part of the *Charter*. . . The case for their utilization as aids to statutory interpretation is accordingly weaker. I believe, however, that the distinction can be adequately recognized by the degree of weight attached to them.

Marginal notes, therefore, can be used to aid the Court. In this case, the marginal note is “Mortgage foreclosures and conditional sales reposessions”, indicating to me that it is meant to apply to situations where there is no determined sale price. If it were intended to cover all acquisitions by lenders, whether by sale or not, as contended for by the Crown, the marginal notes would have so described the subsection.

s’appuyer sur les notes marginales, si cela était nécessaire. Si, selon la *Loi d’interprétation*⁶, les notes marginales apparaissant dans le texte d’une loi «ne font pas partie de celui-ci», il est néanmoins possible de les considérer comme un élément du contexte de la loi dans son ensemble. Pour reprendre les propos de M^{me} le juge Wilson dans l’affaire *R. c. Wigglesworth*⁷:

Il ne fait pas de doute que, selon le point de vue traditionnel, les notes marginales ne pouvaient être utilisées pour aider à l’interprétation, car elles ne font nullement partie de la loi qui a été adoptée par le législateur . . . Toutefois, dans certains arrêts anglais, on s’est référé à des notes marginales . . . De même, cette Cour s’est servie des rubriques de lois pour interpréter des articles de la *Charte*.

M^{me} le juge Wilson cite les propos du juge Estey dans l’arrêt *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*⁸, dans lequel il a émis l’opinion qu’une «cour ne doit pas, en adoptant une règle formaliste d’interprétation, se priver de l’avantage qu’elle peut tirer, si mince soit-il, de l’analyse de la rubrique». M^{me} le juge Wilson a déclaré [à la page 558]:

Cependant, il faut reconnaître que les notes marginales, contrairement aux rubriques des lois, ne font pas partie intégrante de la *Charte*. . . La preuve selon laquelle elles peuvent être utilisées pour aider à l’interprétation des lois, est en conséquence plus faible. Je crois toutefois que cette distinction peut être suffisamment reconnue par l’importance qu’on leur attache.

Il est donc possible de recourir aux notes marginales pour aider la Cour. En l’espèce, la note marginale est la suivante: «Forclusion d’hypothèques et reprise de biens qui ont fait l’objet d’une vente conditionnelle». Elle me laisse croire qu’elle vise les situations dans lesquelles le prix de vente n’est pas déterminé. Si cette disposition devait s’appliquer à toutes les acquisitions par un prêteur, par voie de vente ou autrement, comme le prétend la Couronne, les notes marginales auraient décrit cette disposition en conséquence.

14 Further support for this position can be gleaned from the *Interpretation Bulletin*, which of course has no binding effect, but which may also be looked at as part of the context of the legislation. In *Lowe*,

Cet argument peut également s’appuyer sur le *Bulletin d’interprétation*, qui n’a bien sûr aucun effet exécutoire, mais qui peut aussi être considéré comme un élément du contexte dans lequel se situe 14

R.P.B. v. The Queen,⁹ Mr. Justice Stone quoted Décary J.A. in *Vaillancourt v. Deputy M.N.R.*,¹⁰ as follows:

It is well settled that Interpretation Bulletins only represent the opinion of the Department of National Revenue, do not bind either the Minister, the taxpayer or the courts and are only an important factor in interpreting the Act in the event of doubt as to the meaning of the legislation. Having said that, I note that the courts are having increasing recourse to such Bulletins and they appear quite willing to see an ambiguity in the statute — as a reason for using them — when the interpretation given in a Bulletin squarely contradicts the interpretation suggested by the Department in a given case or allows the interpretation put forward by the taxpayer. When a taxpayer engages in business activity in response to an express inducement by the Government and the legality of that activity is confirmed in an Interpretation Bulletin, it is only fair to seek the meaning of the legislation in question in that bulletin also. As Professor Côté points out in *The Interpretation of legislation in Canada*: “The administration’s presumed authority and expertise is never more persuasive than when the judge succeeds in turning it against its author, demonstrating a contradiction between the administration’s interpretation and its contentions before the Court.”

This reasoning is applicable here, where the *Interpretation Bulletin* IT-505 reads in part as follows:

INCOME TAX ACT

Mortgage Foreclosures and Conditional Sales
Repossessions

...

1. This bulletin deals with those rules in section 79 which apply where a mortgagee or similar creditor, hereinafter referred to as the “creditor”, acquires or reacquires after November 12, 1981, beneficial ownership of a property in consequence of the failure of a mortgagor or other debtor, hereinafter referred to as the “debtor”, to pay all or any part of an amount owed to the creditor. The bulletin deals with the most common situation in which the property which was acquired or reacquired either was the security for the amount owing or had been sold to the debtor under a conditional sales agreement. In this bulletin “creditor” includes a person who is an assignee of the creditor.

2. An acquisition or reacquisition of property, for the purpose of 1 above, may take place by means of

la loi. Dans l’arrêt *Lowe, R.P.B. c. La Reine*⁹, le juge Stone a cité les propos tenus par le juge Décary de la Cour d’appel dans l’affaire *Vaillancourt c. Sous-ministre M.N.R.*¹⁰:

Il est acquis que les bulletins d’interprétation ne constituent que l’opinion du ministère du Revenu national, ne lient ni le ministre, ni le contribuable, ni les tribunaux et ne constituent un facteur important dans l’interprétation de la Loi qu’en cas de doute sur le sens de cette législation. Cela dit, je constate que les tribunaux recourent de plus en plus souvent à ces bulletins et qu’ils paraissent facilement enclins à voir une ambiguïté dans la Loi — ce qui permet d’y recourir — lorsque l’interprétation donnée dans un bulletin contredit carrément l’interprétation que le ministère propose dans un cas donné ou permet l’interprétation que propose le contribuable. Lorsque le contribuable s’adonne à une activité commerciale en réponse à une invitation expresse de l’Administration et que la légalité de cette activité est confirmée dans un bulletin d’interprétation, ce n’est que justice que de rechercher accessoirement dans ce bulletin le sens de la législation en cause. Ainsi que le souligne le professeur Côté dans *Interprétation des lois*: «l’argument d’autorité tiré de l’interprétation administrative n’a jamais autant de force de persuasion que lorsqu’il est invoqué contre l’Administration, que le juge met ainsi en contradiction avec elle-même».

Ce raisonnement s’applique en l’espèce et le *Bulletin d’interprétation* IT-505 prévoit notamment ce qui suit:

LOI DE L’IMPÔT SUR LE REVENU

Forclusion d’hypothèques et reprise de biens qui ont fait l’objet d’une vente conditionnelle

...

1. Le présent bulletin traite des règles prévues à l’article 79 pour les cas où un créancier hypothécaire ou un créancier semblable, ci-après appelé le «créancier», acquiert ou réacquiert, après le 12 novembre 1981, la propriété de fait (*beneficial ownership*) d’un bien par suite du défaut d’un débiteur hypothécaire ou autre, ci-après appelé le «débiteur», de payer la totalité d’une somme due au créancier. Le bulletin vise les situations les plus courantes où un bien acquis ou réacquis constituait la garantie pour le montant dû ou avait déjà été vendu au débiteur en vertu d’un contrat de vente conditionnelle. Dans le présent bulletin, l’expression «créancier» comprend une personne qui est un cessionnaire du créancier.

2. L’acquisition ou la réacquisition d’un bien, aux fins du numéro 1, ci-dessus peut se faire par voie

- (a) a foreclosure order obtained through a court,
- (b) repossession under a conditional sales agreement, or
- (c) a quit claim.

3. Section 79 will not apply where the creditor purchases property from the debtor merely in anticipation of the debtor's default or where the debtor's property is disposed of to a third party pursuant to a power of sale.

It will be noted that there is no mention of a judicial sale to the lender itself, something that could easily have been included if it was thought to be covered by the subsection.

- a) d'une forclusion ordonnée par un tribunal,
- b) d'une reprise selon un contrat de vente conditionnelle, ou
- c) d'une renonciation.

3. L'article 79 ne s'applique pas lorsque le créancier achète un bien du débiteur simplement en prévision du défaut de paiement de celui-ci ou lorsque le débiteur cède ce bien à un tiers suivant un pouvoir de vente.

Soulignons qu'il n'est pas fait mention d'une vente judiciaire en faveur du prêteur proprement dit, élément qui aurait facilement pu être inclus si on croyait que cette disposition s'y appliquait.

15 Consequently, this is not a case where, because of a conflict, the Court must choose to apply a specific provision over a general one in accordance with that well-known principle of statutory interpretation; there is no conflict here. Both provisions are specific, but they cover different situations—paragraphs 13(21)(d) and 54(h), covering sales and other situations where a precise compensation figure is known and paragraph 79(c), applying to foreclosures and repossessions where there is no ascertained amount. If it were otherwise, we would be faced with a situation where a judicial sale to a lender would have to be treated differently by the taxpayer than a sale at the same price to a third person, something that cannot have been intended by Parliament.

15 En conséquence, nous ne sommes pas saisis d'une affaire dans laquelle, en raison d'un conflit, la Cour doit choisir d'appliquer une disposition spécifique plutôt qu'une disposition générale, en conformité avec le principe bien connu d'interprétation législative; il n'existe pas de conflit. Les deux dispositions en cause sont spécifiques, mais visent des situations différentes — les alinéas 13(21)d) et 54h) visent les ventes et les autres situations où le montant précis de l'indemnité est connu, alors que l'alinéa 79c) s'applique aux forclusions et reprises de biens en l'absence d'un montant déterminé. S'il en était autrement, le contribuable devrait traiter différemment une vente judiciaire en faveur du prêteur et une vente conclue au même prix en faveur d'un tiers, situation que le législateur ne pouvait avoir l'intention de créer.

16 The second issue is whether interest paid by the taxpayer in 1987 is deductible under paragraph 20(1)(c) which in 1987 read as follows:

20. (1) Notwithstanding paragraphs 18(1)(a), (b) and (h), in computing a taxpayer's income for a taxation year from a business or property, there may be deducted such of the following amounts as are wholly applicable to that source or such part of the following amounts as may reasonably be regarded as applicable thereto:

...

- (c) an amount paid in the year or payable in respect of the year (depending upon the method regularly followed by the taxpayer in computing his income), pursuant to a

16 La deuxième question que nous devons trancher est celle de savoir si les intérêts versés par le contribuable en 1987 sont déductibles par application de l'alinéa 20(1)c), en vigueur en 1987:

20. (1) Nonobstant les dispositions des alinéas 18(1)a), b) et h), lors du calcul du revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition, peuvent être déduites celles des sommes suivantes qui se rapportent entièrement à cette source de revenus ou la partie des sommes suivantes qui peut raisonnablement être considérée comme s'y rapportant:

...

- c) une somme payée dans l'année ou payable pour l'année (suivant la méthode habituellement utilisée par le contribuable dans le calcul de son revenu), en

legal obligation to pay interest on

(i) borrowed money used for the purpose of earning income from a business or property (other than borrowed money used to acquire property the income from which would be exempt or to acquire a life insurance policy),

(ii) an amount payable for property acquired for the purpose of gaining or producing income therefrom or for the purpose of gaining or producing income from a business (other than property the income from which would be exempt or property that is an interest in a life insurance policy),

(iii) an amount paid to the taxpayer under

(A) an *Appropriation Act* and on terms and conditions approved by the Treasury Board for the purpose of advancing or sustaining the technological capability of Canadian manufacturing or other industry, or

(B) the *Northern Mineral Exploration Assistance Regulations* made under an *Appropriation Act* that provides for payments in respect of the Northern Mineral Grants Program, or

(iv) borrowed money used to acquire an interest in an annuity contract to which section 12.2 applies, or would apply if the contract had a third anniversary in the year, except that, where annuity payments have commenced under the contract in a preceding taxation year, the amount of interest paid or payable in the year shall not be deducted to the extent that it exceeds the amount included under section 12.2 or paragraph 56(1)(d.1) in computing the taxpayer's income for the year with respect to his interest in the contract,

or a reasonable amount in respect thereof, whichever is the lesser;

It is agreed that the money borrowed was used to buy the property in this case. It has also been agreed that the property in this case was acquired for the purpose of gaining or producing income in the form of rents. Therefore, the interest payments deducted from income by the taxpayer from 1980 to 1987 was, it is agreed, properly deducted. However, the attempt to deduct the appellant's share of the amount of interest paid from January 1, 1987, to the date of the judicial sale, \$2,354, was challenged by the Minister, on the ground that, since there was no

exécution d'une obligation légale de verser des intérêts sur

(i) de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien (autre que l'argent emprunté et utilisé pour acquérir un bien dont le revenu serait exonéré d'impôt ou pour prendre une police d'assurance-vie),

(ii) une somme payable pour un bien acquis en vue d'en tirer un revenu ou de tirer un revenu d'une entreprise (à l'exception d'un bien dont le revenu serait exonéré d'impôt ou à l'exception d'un bien représentant un intérêt dans une police d'assurance-vie),

(iii) une somme payée au contribuable en vertu

(A) d'une *Loi portant affectation de crédits* et selon les modalités approuvées par le conseil du Trésor aux fins de relever ou de maintenir le niveau de compétence technologique des industries manufacturières canadiennes ou d'autres industries canadiennes, ou

(B) des *Règlements sur l'aide à l'exploration minière dans le Nord* établis en vertu d'une *Loi portant affectation de crédits* qui prévoit les paiements à effectuer relativement au Programme de subventions visant les minéraux dans le Nord,

ou une somme raisonnable à cet égard, le moins élevé des deux montants étant à retenir, ou

(iv) de l'argent emprunté et utilisé en vue d'acquérir un intérêt dans un contrat de rente auquel l'article 12.2 s'applique, ou s'appliquerait si le contrat avait un troisième anniversaire dans l'année, sauf que, lorsque les versements de rente ont commencé en vertu du contrat dans une année d'imposition antérieure, le montant des intérêts payés ou payables dans l'année ne doit pas être déduit dans la mesure où il dépasse le montant inclus en vertu de l'article 12.2 ou de l'alinéa 56(1)d.1) dans le calcul du revenu du contribuable pour l'année à l'égard de son intérêt dans le contrat;

Les parties conviennent qu'en l'espèce, l'argent emprunté a été utilisé pour acheter le bien. Elles ont également convenu que le bien en cause a été acquis en vue d'en tirer un revenu sous forme de loyer. En conséquence, il est admis que les paiements d'intérêts déduits du revenu du contribuable entre 1980 et 1987 l'ont été à juste titre. Toutefois, la déduction de la part des intérêts versée entre le 1^{er} janvier 1987 et la date de la vente judiciaire, soit un montant de 2 354 \$, à laquelle prétendent les appelants, a été contestée par le ministre. Celui-ci

reasonable expectation of profit during that period, the *Moldowan* case¹¹ applies to deny the deduction. The Trial Judge agreed and disallowed the deduction of interest for this period. In my respectful view, he was right in doing so, according to the authorities as they exist at this time.¹²

soutient que l'arrêt *Moldowan*¹¹ interdit cette déduction parce que le contribuable n'avait, au cours de cette période, aucune expectative raisonnable de profit. Le juge de première instance lui a donné raison et a refusé la déduction des intérêts pour cette période. Je suis d'avis que sa conclusion à cet égard est bien fondée si l'on se reporte aux sources existantes¹².

17 The appellant relied on *Emerson (RI) v. The Queen*,¹³ a decision of this Court, which held that "an essential requirement for interest deductions . . . is the continued existence of the source to which the interest expense relates". Further, it was said that, where the "source has been terminated, the interest expense is no longer deductible". Therefore, counsel argued that since the property in this case was owned by the taxpayer until the sale took place, the interest paid on it should be deductible until the sale date. Counsel relied on the statement of the Trial Judge in *Emerson* [at page 325] to the effect that "had the plaintiff retained the shares . . . he would have been permitted to deduct the interest expenses on the loan". In *Emerson*, however, the facts were different than they are here. The taxpayer had sold his shares at a loss and later took out a loan to repay a previous loan taken out to pay for the shares that had been sold. The Court denied the interest expense on the new loan as the source to which the payment related had been extinguished.

L'appellant s'est appuyé sur l'arrêt *Emerson (RI) c. La Reine*¹³, rendu par notre Cour, selon lequel «l'existence de la source de revenu à laquelle les frais sont rattachés est donc un élément essentiel à toute déduction des frais d'intérêts». Cette cause établit en outre que «si la source de revenu a disparu . . . les frais d'intérêts ne sont plus déductibles». En conséquence, l'avocat a soutenu que le bien en cause appartenait au contribuable jusqu'au moment de la vente et que les intérêts versés à son égard devaient donc pouvoir être déduits jusqu'à cette date. L'avocat s'est appuyé sur la déclaration du juge de première instance dans l'affaire *Emerson* [à la page 325] portant que «si le demandeur avait conservé ses actions . . . il aurait eu le droit de déduire les frais d'intérêts de l'emprunt contracté». Dans l'affaire *Emerson*, les faits étaient toutefois différents de ceux qui nous sont soumis. Le contribuable avait vendu ses actions à perte et contracté par la suite un emprunt pour rembourser un emprunt antérieur obtenu en vue de payer les actions vendues. La Cour a déclaré inadmissibles les frais d'intérêts relatifs au nouveau prêt parce que la source de revenu à laquelle le paiement se rattachait s'était éteinte.

18 Counsel for the taxpayer relies on two cases decided after the Trial decision in this case. In *Tennant v. M.N.R.*,¹⁴ the Supreme Court of Canada allowed a taxpayer to deduct interest on \$1,000,000 borrowed to acquire shares that were later traded for shares in a different company worth \$1,000. The Minister denied the expense; the Trial Division of this Court [[1993] 1 C.T.C. 148] and this Court [[1994] 2 C.T.C. 113] agreed on the basis that the original shares were no longer a source of income after the exchange. The Supreme Court, however, explained that the interest to be deducted "relates to the amount of the loan, and not the value of the

L'avocat du contribuable s'appuie sur deux arrêts postérieurs à la décision de la Section de première instance. Dans l'affaire *Tennant c. M.R.N.*¹⁴, la Cour suprême du Canada a permis à un contribuable de déduire les intérêts liés à une somme de 1 000 000 \$ empruntée pour acquérir des actions qui ont par la suite été échangées pour des actions d'une société par actions différente d'une valeur de 1 000 \$. Le ministre a refusé la déduction de cette dépense. La Section de première instance de notre Cour [[1993] 1 C.T.C. 148] et notre Cour [[1994] 2 C.T.C. 113] ont confirmé sa décision parce que les actions initiales ne constituaient plus une source de revenu

replacement property”.¹⁵ Mr. Justice Iacobucci found that such a result was dictated by the purpose of the interest deduction provisions which was “to encourage the accumulation of capital which would produce taxable income.”¹⁶ Counsel for the Crown suggested that the basis for the *Tennant* decision was that the property in question there was replaced by other eligible property and, hence, the deduction was permitted, whereas in this case there was no such replacement. I agree that *Tennant* does not apply in these circumstances, which are quite different than those in that case.

après l'échange. La Cour suprême a toutefois expliqué que la déductibilité des intérêts doit se fonder «sur le montant de l'emprunt plutôt que sur la valeur du bien de remplacement»¹⁵. Le juge Iacobucci a conclu que ce résultat s'imposait parce que le but de la disposition relative à la déduction des intérêts est de «favoriser l'accumulation de capitaux productifs de revenus imposables»¹⁶. L'avocat de la Couronne a fait valoir que la décision *Tennant* était fondée sur le fait que le bien en cause avait été remplacé par un autre bien admissible et que la déduction était donc permise, alors qu'en l'espèce un tel remplacement n'a pas eu lieu. Je suis d'accord pour dire que l'arrêt *Tennant* ne s'applique pas en l'espèce car la situation factuelle qu'il vise est très différente de celle qui nous est soumise.

19 The other case relied on by the taxpayer was *Tonn v. Canada*¹⁷ where deductions for interest *inter alia* were allowed on loans taken out to buy residential units for the purpose of gaining rental income. When the hoped for profit did not materialize, the Minister had sought to disallow the deductions on the basis of *Moldowan* to the effect that there was no reasonable expectation of profit during the years in question. This Court, reversing the Tax Court Judge [(1994), 96 DTC 1806], held that the deductions were properly allowed and suggested that *Moldowan* be used sparingly in cases where there was no personal element or suspicious circumstances. It stated also that *Moldowan* not be used to second guess good faith business judgments that were flawed.

L'autre cause invoquée par le contribuable est 19 l'arrêt *Tonn c. Canada*¹⁷ qui a permis notamment la déduction des intérêts versés sur un prêt contracté pour acheter des logements en vue d'en tirer un revenu sous forme de loyer. Lorsque le profit escompté n'a pas été réalisé, le ministre a tenté de refuser les déductions en s'appuyant sur l'arrêt *Moldowan* parce qu'il n'y avait pas eu d'expectative raisonnable de profit au cours des années en cause. Notre Cour a infirmé la décision du juge de la Cour de l'impôt [(1994), 96 DTC 1806] en statuant que les déductions avaient été autorisées à juste titre et en laissant entendre que l'arrêt *Moldowan* devait être appliqué avec prudence dans les situations qui ne comportent pas d'élément personnel ou de circonstances douteuses. Elle a également précisé que l'arrêt *Moldowan* ne devait pas être invoqué pour reconsidérer des décisions commerciales prises de bonne foi, quoique erronées.

20 There was nothing in *Tonn*, however, to indicate that the *Moldowan* principle was not to be applied in cases where interest expenses were deducted in situations where there was no reasonable expectation of profit. The *Moldowan* test, however, should not be used in subparagraph 20(1)(c)(i) cases unless it is clear that no profit is likely to be earned in the taxation year. In cases such as this, therefore, where it is clear that no profit could be earned in the year or forever after because of the judicial sale

Aucun élément dans l'affaire *Tonn* n'indique 20 toutefois que le principe posé dans l'arrêt *Moldowan* ne doit pas s'appliquer lorsque des frais d'intérêts ont été déduits alors qu'il n'existe aucune expectative raisonnable de profit. Le critère établi dans l'arrêt *Moldowan* ne doit cependant pas être utilisé dans les situations visées par le sous-alinéa 20(1)(c)(i), à moins qu'il ne soit clair qu'aucun profit ne sera vraisemblablement réalisé au cours de l'année d'imposition. En pareils cas, lorsqu'il est

proceedings, *Moldowan* is applicable. Indeed, the parties in this case agreed that there was no reasonable expectation of profit in the taxation year 1987. This is not a case of second-guessing poor business decisions that do not yield profit, which was the case in *Tonn*. In cases where it is not clear whether that profit will be earned eventually, *Tonn* teaches that taxpayers should be allowed the deductions, when profit is not in fact earned. But where, as here, no profit is possible in the taxation year and thereafter, the deduction cannot be permitted.

clair qu'aucun profit ne pourrait être réalisé au cours de l'année ou à l'avenir, en raison de la procédure de vente judiciaire, l'arrêt *Moldowan* s'applique. En fait, les parties en l'espèce ont convenu qu'il n'existait aucune expectative raisonnable de profit dans l'année d'imposition 1987. Il ne s'agit pas ici de reconsidérer de mauvaises décisions commerciales qui ne génèrent pas de profit, comme c'était le cas dans l'affaire *Tonn*. Lorsqu'on ne peut établir avec certitude si un profit sera réalisé un jour, l'arrêt *Tonn* indique que les contribuables doivent être autorisés à se prévaloir d'une déduction même s'ils ne réalisent pas effectivement un profit. Par contre, lorsqu'aucun profit ne peut être réalisé au cours de l'année d'imposition ni par la suite, comme en l'espèce, la déduction ne peut être permise.

21 The absurd situation conjured up by counsel for the taxpayer in which interest might be deductible only in profitable years and not in years where no profit was earned, creating havoc among businesses which would not know whether they could deduct interest or not until the end of the year, is not a realistic fear. In applying *Moldowan*, it is not whether profit is earned, but whether it could reasonably be earned. As long as the business has a reasonable chance of earning profit in the year or in the near future, the interest is deductible, whether or not there actually was a profit earned in a given taxation year. That is the lesson of the *Tonn* case, which only seeks to restate and clarify the application of the principle of *Moldowan*. Thus, where as here, if no profit is possible in the year or in the near future, no deduction can be allowed (at least as long as *Moldowan* continues to govern cases such as these).

21 La situation absurde invoquée par l'avocat du contribuable, dans laquelle les intérêts pourraient être déduits uniquement pour les années où un profit est réalisé et non pour les années sans profit, désorganisant ainsi les entreprises qui ne pourraient pas savoir si elles pourront déduire leurs intérêts ou non avant la fin de l'exercice, ne peut soulever de craintes réelles. Lorsqu'on applique l'arrêt *Moldowan*, on ne se demande pas si un profit est réalisé, mais peut raisonnablement être réalisé. Dans la mesure où il existe une possibilité raisonnable que l'entreprise réalise un profit au cours de l'année ou dans un avenir rapproché, les intérêts sont déductibles, peu importe qu'un profit soit effectivement réalisé au cours d'une année d'imposition donnée. C'est la leçon qu'il faut tirer de l'arrêt *Tonn*, qui a simplement reformulé et clarifié l'application du principe posé dans l'affaire *Moldowan*. Par conséquent, lorsqu'il est impossible, comme en l'espèce, qu'un profit soit réalisé au cours de l'année ou dans un avenir rapproché, aucune déduction ne peut être permise (du moins, tant que l'affaire *Moldowan* régira les situations de ce type).

22 The Trial Judge was correct when he held that the amount of interest from January 1, 1987 to March 15, 1987, the date of the Rice Order was not deductible.

22 Le juge de première instance a eu raison de statuer que le montant des intérêts versés entre le 1^{er} janvier 1987 et le 15 mars 1987, date du prononcé de l'ordonnance de type Rice, n'était pas déductible.

23 In conclusion, the appeal should be allowed in part. On the first issue, the taxation of the proceeds

23 En ce qui a trait à la première question, soit l'impo-

of the disposition, the matter should be remitted to the Minister for reconsideration and reassessment on the basis that the plaintiff's "proceeds of disposition" for the taxation year 1987 are to be determined pursuant to subparagraphs 13(21)(d)(i) and 54(h)(i) of the *Income Tax Act*. The appeal on the second issue, dealing with the deductibility of interest, should be dismissed. The costs should be to the taxpayer who was successful on the main issue, and should be limited to one set of costs in this appeal and the other five appeals referred to above.

sition du produit de disposition, l'affaire doit être renvoyée au ministre pour qu'il la réexamine et qu'il établisse une nouvelle cotisation en tenant pour acquis que le «produit de disposition» du demandeur pour l'année d'imposition 1987 doit être établi par application des sous-alinéas 13(21)d(i) et 54h(i) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. L'appel sur la deuxième question, soit la déductibilité des intérêts, doit être rejeté. Les dépens doivent être adjugés en faveur du contribuable qui a eu gain de cause sur la question principale et doivent se limiter à un mémoire de frais dans le présent appel et dans les cinq autres appels susmentionnés.

24 STONE J.A.: I agree.

LE JUGE STONE, J.C.A.: Je souscris à ces motifs. 24

25 HENRY D.J.: I agree.

LE JUGE SUPPLÉANT HENRY, J.C.A.: Je souscris à ces motifs. 25

¹ A-88-95, *Brill*; A-89-85, *Ochitwa*; A-90-95, *Coad*; A-92-95, *Farn*; A-93-95, *Leung*. All of these [Trial Division] cases are fully reported at (1995), 95 DTC 5426-5469 [*Brill, R.C. v. The Queen* (1995), 95 DTC 5435 (F.C.T.D.); *Coad, R.A. v. The Queen* (1995), 95 DTC 5426 (F.C.T.D.); *Corbett, G.H. v. The Queen* (1995), 95 DTC 5448 (F.C.T.D.); *Farn et al. v. The Queen* (1995), 95 DTC 5426 (F.C.T.D.); *Leung, M. v. The Queen* (1995), 95 DTC 5455 (F.C.T.D.); *Ochitwa, J.O. v. The Queen* (1995), 95 DTC 5442 (F.C.T.D.)]. A copy of these reasons for judgment shall be filed in each of the other Court files and shall upon filing become reasons for judgment therein to the extent applicable.

¹ A-88-95, *Brill*; A-89-85, *Ochitwa*; A-90-95, *Coad*; A-92-95, *Farn*; A-93-95, *Leung*. Toutes ces causes [Section de première instance] sont publiées intégralement dans (1995), 95 DTC 5426 à 5469 [*Brill, R.C. c. La Reine* (1995), 95 DTC 5435 (C.F. 1^{re} inst.); *Coad, R.A. c. La Reine* (1995), 95 DTC 5426 (C.F. 1^{re} inst.); *Corbett, G.H. c. La Reine* (1995), 95 DTC 5448 (C.F. 1^{re} inst.); *Farn et autres c. La Reine* (1995), 95 DTC 5426 (C.F. 1^{re} inst.); *Leung, M. c. La Reine* (1995), 95 DTC 5455 (C.F. 1^{re} inst.); *Ochitwa, J.O. c. La Reine* (1995), 95 DTC 5442 (C.F. 1^{re} inst.)]. Une copie des présents motifs du jugement sera déposée dans chacun des autres dossiers de la Cour et ces motifs deviendront, dès leur dépôt, les motifs du jugement dans ces dossiers, dans la mesure où ils sont applicables.

² S.C. 1970-71-72, c. 63.

² S.C. 1970-71-72, ch. 63.

³ [1995] 3 S.C.R. 103.

³ [1995] 3 R.C.S. 103.

⁴ See s. 13(21)(d)(i).

⁴ Voir l'art. 13(21)d(i).

⁵ See s. 13(21)(d)(ii)-(vii).

⁵ Voir l'art. 13(21)d(ii) à (vii).

⁶ R.S.C., 1985, c. I-21, s. 14.

⁶ L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 14.

⁷ [1987] 2 S.C.R. 541, at pp. 556-557, *per* Wilson J; see also *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed., at p. 274.

⁷ [1987] 2 R.C.S. 541, aux p. 556 et 557, le juge Wilson; voir également *Driedger on the Construction of Statutes*, 3^e éd., à la p. 274.

⁸ [1984] 1 S.C.R. 357, at p. 377.

⁸ [1984] 1 R.C.S. 357, à la p. 377.

⁹ (1996), 96 DTC 6226 (F.C.A.).

⁹ (1996), 96 DTC 6226 (C.A.F.).

¹⁰ [1991] 3 F.C. 663 (C.A.), at p. 674.

¹⁰ [1991] 3 C.F. 663 (C.A.), à la p. 674.

¹¹ *Moldowan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480.

¹¹ *Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480.

¹² There has been academic criticism of the law as "mired in technical detail". See Krishna, "Interest Deductibility: More Form over Substance" (1993), 4 *Can. Curr. Tax* C17. There is something to be said about the

¹² Les théoriciens ont critiqué le droit en vigueur qui, selon eux, serait «embourbé dans un amas de détails techniques». Voir Krishna, «Interest Deductibility: More Form Over Substance» (1993), 4 *Can. Curr. Tax* C17. Il y

unfairness of not allowing a taxpayer to deduct interest paid after a business has been destroyed by fire or closed down by failure.

¹³ [1985] 1 CTC 324 (F.C.T.D.); affd [1986] 1 C.T.C. 422 (F.C.A.), at p. 423, *per* Heald J.A.

¹⁴ [1996] 1 S.C.R. 305.

¹⁵ *Ibid.*, at p. 321. See also Dickson C.J. in *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32.

¹⁶ *Ibid.*, at p. 316.

¹⁷ [1996] 2 F.C. 73 (C.A.).

aurait des remarques à formuler sur le caractère injuste du refus de permettre à un contribuable de déduire les intérêts qu'il paie après que son entreprise a été détruite par un incendie ou qu'elle a cessé ses activités à la suite d'une panne.

¹³ [1985] 1 CTC 324 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par [1986] 1 C.T.C. 422 (C.A.F.), à la p. 423, le juge Heald, J.C.A.

¹⁴ [1996] 1 R.C.S. 305.

¹⁵ *Ibid.*, à la p. 321. Voir également les propos du juge en chef Dickson dans l'affaire *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32.

¹⁶ *Ibid.*, à la p. 316.

¹⁷ [1996] 2 C.F. 73 (C.A.).

T-1810-95

T-1810-95

K.F. Evans Ltd. (Applicant)**K.F. Evans Ltd. (requérante)**

v.

c.

The Minister of Foreign Affairs (Respondent)**Le ministre des Affaires étrangères (intimé)****INDEXED AS: K.F. EVANS LTD. v. CANADA (MINISTER OF FOREIGN AFFAIRS) (T.D.)****RÉPERTORIÉ: K.F. EVANS LTD. c. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES) (1^{re} INST.)**

Trial Division, Reed J. — Vancouver, September 3; Ottawa, October 28, 1996.

Section de première instance, juge Reed— Vancouver, 3 septembre; Ottawa, 28 octobre 1996.

Foreign trade — Foreign Affairs Minister denying permit to export unprocessed logs under Export and Import Permit Acts, applicant not having secured approval of provincial advisory committee — Committee established by B.C. government to advise provincial Minister of Forests regarding exemptions from provincial legislation requiring use or processing in B.C. of timber harvested from certain lands — Applicant's logs not caught by provincial statute but requiring federal export permit — Logs under federal export control since 1940 (War Measures Act) — Minister's officials adopting practice of deferring to provincial advisory committee regarding B.C. logs — Applicant making application, under protest, to B.C. Ministry of Forests — Provincial advisory committee recommending to Minister export permits be refused as fair offer received for purchase of logs by B.C. processor — Price lower than available on international market — Minister's decision quashed upon judicial review as Minister, delegates fettering discretion, abdicating decision-making responsibility.

Commerce extérieur — Refus du ministre des Affaires étrangères de délivrer une licence d'exportation de billes non transformées en vertu de la Loi sur les licences d'exportation et d'importation parce que la requérante n'avait pas obtenu l'approbation d'un comité consultatif provincial — Le comité consultatif a été constitué par le gouvernement de la Colombie-Britannique dans le but de conseiller le ministre des Forêts de cette province au sujet des exemptions à la loi provinciale exigeant l'utilisation et la transformation en C.-B. des billes récoltées sur certaines terres — Les billes de la requérante ne tombent pas sous le coup de la loi provinciale, mais elles doivent faire l'objet d'une licence fédérale d'exportation — Les billes sont soumises au contrôle fédéral en matière d'exportation depuis 1940 (Loi sur les mesures de guerre) — Les fonctionnaires du ministre ont pris l'habitude de s'en remettre aux décisions prises par le comité consultatif provincial au sujet des billes provenant de la C.-B. — La requérante a présenté une demande au ministère des Forêts de la C.-B. en précisant qu'elle le faisait contre son gré — Le comité consultatif provincial a recommandé au ministre de refuser de délivrer les licences d'exportation étant donné qu'une offre d'achat valable des billes avait été reçue d'une entreprise de transformation de la C.-B. — La requérante a obtenu un prix inférieur à celui qu'elle aurait obtenu sur le marché international — La décision du ministre est annulée dans le cadre d'un contrôle judiciaire, au motif que le ministre et ses délégués ont renoncé à leurs pouvoirs décisionnels et qu'ils ont entravé l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire.

Administrative law — Judicial Review — Certiorari — Application for federal export permits denied as applicant not having obtained approval of provincial export advisory committee — Discretionary powers — Adoption of general policies — Policy of using provincial committee's expertise — Neither Minister nor delegates making independent decision — Treating provincial committee's decision as determinative — Fettering discretion — Abdicating decision-making responsibility — Principles of fairness breached in reliance upon evidence prejudicial to applicant without notice given of existence.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Demande de licence fédérale d'exportation rejetée au motif que la requérante n'a pas obtenu l'approbation d'un comité consultatif provincial en matière d'exportations — Pouvoirs discrétionnaires — Adoption de politiques générales — Politique consistant à s'en remettre aux connaissances spécialisées d'un comité provincial — Ni le ministre ni ses délégués ne se sont eux-mêmes prononcés sur la demande — Ils ont considéré la décision du comité provinciale comme décisive — Ils ont entravé l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire — Ils ont renoncé à leur pouvoir décisionnel — Manquement aux principes d'équité

Construction of statutes — Export and Import Permits Act — Logs placed on Export Control List “to ensure . . . an adequate supply . . . in Canada for defence or other needs” — Minister arguing “other needs” allowing export control to uphold provincial policies, for environmental considerations or for reasons of international trade — Phrase “for . . . other needs” to be interpreted in accordance with ejusdem generis rule of statutory construction — “Other needs” must have national or federal character — Must be a “need” — Difficult to accept existence of provincial policy within “defence or other needs”.

This was an application to set aside the Minister's decision under section 7 of the *Export and Import Permits Act*, refusing permits to export a quantity of unprocessed logs from Canada because the applicant had not obtained approval from the British Columbia Timber Export Advisory Committee (TEAC). The Committee had been established to advise the provincial Minister of Forests with respect to exemptions from legislation requiring the processing in British Columbia of certain timber harvested in that Province. Although the logs came from private rather than federal lands and were not caught by the provincial statute, they are subject to section 7 of the Act which prohibits their exportation unless a permit is obtained from the Minister of Foreign Affairs and International Trade. Logs have been under federal export control since 1940 (*War Measures Act*) when their supply was a matter of concern. The applicant applied to the Minister for export permits without first making an application to the British Columbia Ministry of Forests; it was advised that the applications were incomplete because the TEAC process had not been gone through. Under that process, notice of an application for permission to export logs is sent by the British Columbia Ministry of Forestry to processors of logs within the Province who wish to purchase the logs that are the subject of the notice. If offers are received, they are referred to TEAC for determination as to whether they are fair. If TEAC determines that the offers are fair, there is determined to be a lack of supply in British Columbia and federal permission to export is not given. Applicant made application, under protest, to the provincial Ministry of Forests. Offers for applicant's logs were received and TEAC determined them to be fair. Applicant could have obtained a much higher price on the international market. The applicant submitted that the TEAC process is flawed and that, by deferring to decisions made by that body, the Minister has abdicated his

du fait que l'on s'est fondé sur des éléments de preuve préjudiciables à la requérante sans l'informer de leur existence.

Interprétation des lois — Loi sur les licences d'exportation et d'importation — Billes inscrites sur la liste des marchandises d'exportation contrôlée «pour s'assurer d'un approvisionnement . . . en quantité suffisante pour répondre aux besoins canadiens, notamment en matière de défense» — Le ministre soutient que, pour répondre aux «besoins canadiens», on peut contrôler les exportations en vue de les harmoniser avec les politiques provinciales ou pour des raisons d'ordre écologique ou de commerce international — L'expression «pour répondre aux besoins canadiens» doit être interprétée conformément au principe d'interprétation ejusdem generis — Les «besoins canadiens» doivent avoir une nature nationale ou fédérale — Il doit y avoir un «besoin» — Il est difficile d'accepter que l'existence d'une politique provinciale soit visée par les mots «besoins canadiens, notamment en matière de défense».

Il s'agit d'une demande d'annulation de la décision par laquelle le ministre a refusé, en vertu de l'article 7 de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation*, de délivrer les licences que la requérante demandait en vue d'exporter du Canada une certaine quantité de billes non transformées parce qu'elle n'avait pas obtenu l'approbation du British Columbia Timber Export Advisory Committee (le comité consultatif). Le comité en question avait été constitué dans le but de conseiller le ministre des Forêts au sujet de l'opportunité de soustraire du bois à l'application de dispositions législatives exigeant que certains types de bois récolté en Colombie-Britannique soient transformés dans cette province. Bien qu'elles proviennent de terres privées et non de terres domaniales fédérales et qu'elles ne tombent pas sous le coup de la loi provinciale, les billes sont assujetties à l'article 7 de la Loi, qui interdit leur exportation à moins d'obtenir une licence du ministre des Affaires étrangères et du Commerce international. Les billes ont été soumises au contrôle fédéral en matière d'exportation en 1940 (*Loi des mesures de guerre*) alors qu'on s'inquiétait de leur approvisionnement. La requérante a soumis des demandes de licences d'exportation au ministre sans avoir d'abord présenté de demande au ministère des Forêts de la Colombie-Britannique; elle a été informée que ses demandes étaient incomplètes parce qu'elle n'avait pas suivi la procédure du comité consultatif. Suivant cette procédure, le ministère des Forêts de la Colombie-Britannique envoie aux entreprises de transformation de la province qui désirent acheter les billes un avis de la demande présentée en vue d'obtenir la permission d'exporter les billes. Les offres reçues des entreprises intéressées sont transmises au comité consultatif pour qu'il détermine si elles sont valables. Si le comité consultatif détermine que les offres sont valables, on présume que l'approvisionnement est insuffisant en Colombie-Britannique, et les autorités fédérales

decision-making responsibility or, at least, fettered his discretion. Three issues were raised: 1) whether there was a fettering of discretion in making the decision; 2) whether extraneous and improper considerations were taken into account in making the decision; and 3) whether the applicant was denied an adequate opportunity to be heard.

Held, the application should be allowed.

1) Neither the Minister nor his delegates made an independent decision on the merits of the applicant's applications. Documents describing the role of the TEAC process demonstrate that its role was treated as determinative of whether to grant or refuse an export permit. There was in essence a turning over of the whole decision-making authority to TEAC. The acceptance that other exporters of logs, of the same type and from a similar location as the applicant's logs, could be granted permits to export, as a result of a decision that there was a surplus of logs available, while on the same day the applicant was denied a permit because there was an "extreme shortage of logs" also indicates a "hands-off" approach, an abdication of decision-making responsibility, by the Minister and his delegates.

2) The use of the word "may" in section 3 of the Act grants the discretionary decision-making authority but does not establish the scope of factors that should be taken into account in rendering decisions. In so far as paragraph 3(d) is concerned, there is no agreement or memorandum of understanding between the federal government and British Columbia concerning the control of the export of logs from that Province. As to paragraph 3(e), the export of logs was placed on the Export Control List "to ensure that there is an adequate supply and distribution of the article in Canada for defence or other needs". Phrases such as "for . . . other needs", when used in the context of paragraph 3(e), must be interpreted in accordance with the *ejusdem generis* rule of construction. The words "other needs" are not synonymous with "for any other purpose"; they must at least have a national or federal character and there must be a "need".

n'accordent pas la permission d'exporter. La requérante a présenté une demande au ministère provincial des Forêts en précisant qu'elle le faisait contre son gré. Le comité consultatif a jugé valables les offres qui ont été reçues au sujet des billes de la requérante. Celle-ci aurait pu obtenir un prix beaucoup plus élevé sur le marché international. La requérante affirme que la procédure du comité consultatif est irrégulière et qu'en déférant aux décisions prises par cet organisme, le ministre a renoncé à ses pouvoirs décisionnels ou qu'il a à tout le moins entravé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. La présente affaire soulève trois questions: 1) Y a-t-il eu entrave au pouvoir discrétionnaire lors de la prise de la décision en question? 2) A-t-on tenu compte de facteurs étrangers et irréguliers pour prendre cette décision? 3) A-t-on refusé à la requérante l'occasion suffisante d'être entendue?

Jugement: la demande doit être accueillie.

1) Ni le ministre ni ses délégués ne se sont eux-mêmes prononcés sur le bien-fondé des demandes de la requérante. Il ressort de documents qui exposent le rôle que joue la procédure du comité consultatif que l'on considèrerait que c'était dans le cadre de cette procédure que l'on décidait s'il y avait lieu d'accorder ou de refuser une licence d'exportation. On a essentiellement confié tous les pouvoirs décisionnels au comité consultatif. Le fait que des fonctionnaires compétents ont décidé que d'autres exportateurs de billes, semblables à celles de la requérante quant à leurs type et origine, pouvaient obtenir des licences d'exportation par suite de la décision qu'il y avait un excédent de billes et qu'ils ont refusé le même jour à la requérante une licence parce qu'il y avait une «grave pénurie de billes» indique également que le ministre et ses délégués ont appliqué une «politique de non-intervention» et qu'ils ont renoncé à l'exercice de leurs pouvoirs décisionnels.

2) L'emploi du mot «peut» à l'article 3 de la Loi a pour effet de conférer au ministre le pouvoir décisionnel discrétionnaire en question, mais cet article ne précise pas la portée des facteurs dont on doit tenir compte pour rendre une décision. En ce qui concerne l'alinéa 3d), il n'existe pas d'engagement intergouvernemental ou de protocole d'entente entre le gouvernement fédéral et la Colombie-Britannique au sujet du contrôle des exportations de billes récoltées dans cette province. Pour ce qui est de l'alinéa 3e), l'exportation des billes a été ajoutée à la liste des marchandises d'exportation contrôlée pour «s'assurer d'un approvisionnement et d'une distribution de cet article en quantité suffisante pour répondre aux besoins canadiens, notamment en matière de défense». Des expressions comme «pour répondre aux besoins canadiens», lorsqu'elles sont employées comme elles le sont à l'alinéa 3e), doivent être interprétées conformément au principe d'interprétation *ejusdem generis*. L'expression «pour répondre aux besoins canadiens» n'est pas synonyme de l'expression «pour toute autre fin». Les besoins canadiens en

3) Neither an oral hearing nor individual consideration by the Minister personally was required. A copy of a letter stating that there was an extreme log shortage on the British Columbia coast had been provided to TEAC by CIPA Lumber Co. Ltd. In using that letter, TEAC and the Minister relied on evidence prejudicial to the applicant without notice having been given to the latter that it existed. The use of that evidence without notice and an opportunity to respond constitutes a breach of the principles of fairness.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

An Act to amend the Export and Import Permits Act, S.C. 1974, c. 9, s. 1.
Export and Import Permits Act (The), S.C. 1947, c. 17.
Export and Import Permits Act, R.S.C., 1985, c. E-19, ss. 3 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.)), c. 12, s. 26), 7 (as am. by S.C. 1991, c. 28, s. 3; 1994, c. 47, s. 107).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1618 (as enacted by SOR/92-43, s. 19).
Forest Act, R.S.B.C. 1979, c. 140, ss. 135, 136.
Softwood Lumber Products Export Charge Act, R.S.-C., 1985 (3rd Supp.), c. 12, s. 26.
War Measures Act, R.S.C. 1927, c. 206, s. 3.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

DISTINGUISHED:

Teal Cedar Products (1977) Ltd. v. Canada, [1989] 2 F.C. 158; (1988), 19 F.T.R. 35; 92 N.R. 308 (C.A.).

REFERRED TO:

Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada, [1982] 2 S.C.R. 2; (1982), 137 D.L.R. (3d) 558; 44 N.R. 354; *Boulis v. Minister of Manpower and Immigration*, [1974] S.C.R. 875; (1972), 26 D.L.R. (3d) 216; *Thorne's Hardware Ltd. et al. v. The Queen et al.*, [1983] 1 S.C.R. 106; (1983), 143 D.L.R. (3d) 577; 46 N.R. 91; *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.); *Rex v. Port of London Authority. Ex parte Kynoch, Limited*, [1919] 1 K.B. 176 (C.A.); *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commn.*, [1978] 2 S.C.R. 141; (1977), 81 D.L.R. (3d) 609; 36 C.P.R. (2d) 1; 18 N.R. 181; *In re North Coast Air*

question doivent à tout le moins avoir une nature nationale ou fédérale, et il doit y avoir un «besoin».

3) Le ministre n'était pas obligé de tenir une audience ou d'examiner personnellement la demande. La CIPA Lumber Co. Ltd. avait transmis au comité consultatif une copie d'une lettre affirmant qu'il y avait une grave pénurie de billes sur la côte de la Colombie-Britannique. En se servant de cette lettre, le comité consultatif et le ministre se sont en réalité fiés à des éléments de preuve préjudiciables à la requérante sans que celle-ci soit informée de leur existence. L'utilisation de ces éléments de preuve sans que la requérante en soit avisée et sans qu'elle ait l'occasion d'y répondre constitue un manquement aux principes d'équité.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Forest Act, R.S.B.C. 1979, ch. 140, art. 135, 136.
Loi des mesures de guerre, S.R.C. 1927, ch. 206, art. 3.
Loi modifiant la Loi sur les licences d'exportation et d'importation, S.C. 1974, ch. 9, art. 1.
Loi sur le droit à l'exportation de produits de bois d'œuvre, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 12, art. 26.
Loi sur les licences d'exportation et d'importation, L.R.C. (1985), ch. E-19, art. 3 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 12, art. 26), 7 (mod. par L.C. 1991, ch. 28, art. 3; 1994, ch. 47, art. 107).
Loi sur les permis d'exportation et d'importation, S.C. 1947, ch. 17.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1618 (éditée par DORS/92-43, art. 19).

JURISPRUDENCE

DISTINCTION FAITE AVEC:

Teal Cedar Products (1977) Ltd. c. Canada, [1989] 2 C.F. 158; (1988), 19 F.T.R. 35; 92 N.R. 308 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada, [1982] 2 R.C.S. 2; (1982), 137 D.L.R. (3d) 558; 44 N.R. 354; *Boulis c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1974] R.C.S. 875; (1972), 26 D.L.R. (3d) 216; *Thorne's Hardware Ltd. et autres c. La Reine et autre*, [1983] 1 R.C.S. 106; (1983), 143 D.L.R. (3d) 577; 46 N.R. 91; *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.); *Rex v. Port of London Authority. Ex parte Kynoch, Limited*, [1919] 1 K.B. 176 (C.A.); *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141; (1977), 81 D.L.R. (3d) 609; 36 C.P.R. (2d) 1; 18 N.R.

Services Limited, [1972] F.C. 390; (1972), 32 D.L.R. (3d) 695 (C.A.); *British Oxygen Co. Ltd. v. Board of Trade*, [1971] A.C. 610 (H.L.); *Saunders Farms Ltd. v. British Columbia (Liquor Control and Licensing Branch, General Manager)* (1995), 122 D.L.R. (4th) 260; 1 B.C.L.R. (3d) 12; 54 B.C.C.A. 60; 88 W.A.C. 60 (C.A.); *Koopman v. Ostergaard* (1995), 12 B.C.L.R. (3d) 154 (S.C.); *Lavender (H.) & Son Ltd. v. Minister of Housing and Local Government*, [1970] 1 W.L.R. 1231 (Q.B.); *Starlight Drive-In (1978) Ltd. and Hewitt, Re* (1984), 12 D.L.R. (4th) 391; 57 B.C.L.R. 250; 8 Admin. L.R. 49 (S.C.).

181; *In re North Coast Air Services Limited*, [1972] C.F. 390; (1972), 32 D.L.R. (3d) 695 (C.A.); *British Oxygen Co. Ltd. v. Board of Trade*, [1971] A.C. 610 (H.L.); *Saunders Farms Ltd. v. British Columbia (Liquor Control and Licensing Branch, General Manager)* (1995), 122 D.L.R. (4th) 260; 1 B.C.L.R. (3d) 12; 54 B.C.C.A. 60; 88 W.A.C. 60 (C.A.); *Koopman v. Ostergaard* (1995), 12 B.C.L.R. (3d) 154 (C.S.); *Lavender (H.) & Son Ltd. v. Minister of Housing and Local Government*, [1970] 1 W.L.R. 1231 (Q.B.); *Starlight Drive-In (1978) Ltd. and Hewitt, Re* (1984), 12 D.L.R. (4th) 391; 57 B.C.L.R. 250; 8 Admin. L.R. 49 (C.S.).

APPLICATION to set aside the Minister's decision under section 7 of the *Export and Import Permits Act*, refusing permits to export a quantity of unprocessed logs from Canada because the applicant had not obtained approval from the British Columbia Timber Export Advisory Committee. Application allowed.

DEMANDE d'annulation de la décision par laquelle le ministre a, en vertu de l'article 7 de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation*, refusé de délivrer des licences d'exportation du Canada d'une certaine quantité de billes non transformées parce que la requérante n'avait pas obtenu l'approbation du Timber Export Advisory Committee de la Colombie-Britannique. Demande accueillie.

COUNSEL:

David P. Church and *Andrew J. Pearson* for applicant.
Darlene M. Patrick for respondent.

AVOCATS:

David P. Church et *Andrew J. Pearson* pour la requérante.
Darlene M. Patrick pour l'intimé.

SOLICITORS:

Camp Church & Associates, Vancouver, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

PROCUREURS:

Camp Church & Associates, Vancouver, pour la requérante.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

The following are the reasons for order rendered in English by

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

1 REED J.: The applicant challenges a decision made by the respondent Minister under section 7 of the *Export and Import Permits Act*, R.S.C., 1985, c. E-19 [as am. by S.C. 1991, c. 28, s. 3; 1994, c. 47, s. 107]. The applicant was refused permits to export a quantity of unprocessed logs from Canada because the applicant had not obtained approval, from the British Columbia Timber Export Advisory Committee (TEAC), to export the logs. TEAC is an advisory committee established by the British Columbia government to advise the provincial Minister of

1 LE JUGE REED: La requérante conteste la décision que le ministre intimé a prise en vertu de l'article 7 de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation*, L.R.C. (1985), ch. E-19 [mod. par L.C. 1991, ch. 28, art. 3; 1994, ch. 47, art. 107]. La requérante s'est vu refuser les licences qu'elle demandait en vue d'exporter du Canada une certaine quantité de billes non transformées parce qu'elle n'avait pas obtenu l'approbation du British Columbia Timber Export Advisory Committee (le comité consultatif) pour exporter les billes en question. Le comité con-

Forests on whether or not to exempt timber from the provisions of section 135 of the British Columbia *Forest Act*, R.S.B.C. 1979, c. 140.¹

- 2 The logs were purchased by the applicant from a private landowner and do not fall under section 135 of the *Forest Act*. The logs, however, are subject to section 7 of the federal *Export and Import Permits Act*. They cannot be exported unless a permit is obtained from the Minister of Foreign Affairs and International Trade (the Minister).² The applicant's position is that the TEAC process is flawed, and that, in any event, by deferring to decisions made by that body the Minister has abdicated his decision-making responsibility or, at least, fettered his discretion.

Federal Legislative Framework

- 3 Section 3 of the *Export and Import Permits Act* provides that the Governor in Council may establish an Export Control List and include thereon any article that the Governor in Council deems it necessary to control for certain listed purposes.³ One of the purposes for which the Governor in Council may place a product on the list, and that used in this case, is "to ensure that there is an adequate supply and distribution of the article in Canada for defence or other needs".⁴
- 4 Logs were placed under federal export control in 1940, pursuant to provisions of the *War Measures Act*, because of supply concerns existing at that time. Control of export was continued under the *Export and Import Permits Act* when this legislation was first enacted in 1947 [S.C. 1947, c. 17].⁵ The relevant provision is now paragraph 3(e). What is now paragraph 3(b) of the *Export and Import Permits Act*, allowing products to be controlled to promote further processing in Canada, was added in

sultatif en question a été constitué par le gouvernement de la Colombie-Britannique dans le but de conseiller le ministre des Forêts de cette province au sujet de l'opportunité de soustraire du bois à l'application des dispositions de l'article 135 du *Forest Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1979, ch. 140¹.

2 La requérante a acheté les billes à un propriétaire foncier privé. Les billes ne tombent donc pas sous le coup de l'article 135 du *Forest Act*. Elles sont toutefois assujetties à l'article 7 de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation*. Elles ne peuvent être exportées que si le ministre des Affaires étrangères et du Commerce international (le ministre) délivre une licence à cet effet². La thèse de la requérante est que la procédure du comité consultatif est irrégulière et que, de toute façon, en déférant aux décisions prises par cet organisme, le ministre a renoncé à ses pouvoirs décisionnels ou qu'il a à tout le moins entravé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

Cadre législatif fédéral

3 L'article 3 de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation* prévoit que le gouverneur en conseil peut dresser une liste des marchandises d'exportation contrôlée comprenant les articles dont, à son avis, il est nécessaire de contrôler l'exportation pour certaines fins énumérées³. Une des fins pour lesquelles le gouverneur en conseil peut inscrire un article sur cette liste — et qui a été invoquée en l'espèce — est de «s'assurer d'un approvisionnement et d'une distribution de cet article en quantité suffisante pour répondre aux besoins canadiens, notamment en matière de défense»⁴.

4 Les billes ont été soumises au contrôle fédéral en matière d'exportation en 1940 en vertu des dispositions de la *Loi des mesures de guerre*, à cause des inquiétudes qui existaient à l'époque en ce qui concerne leur approvisionnement. Le contrôle des exportations a été maintenu sous le régime de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation* lorsque cette loi a été édictée pour la première fois en 1947 [S.C. 1947, ch. 17]⁵. La disposition pertinente actuelle est l'alinéa 3e). L'alinéa 3b) actuel de la *Loi*

1974.⁶ Paragraph 3(c.1), allowing products to be controlled to support the enforcement of the *Softwood Lumber Products Export Charge Act*, was added in 1985.⁷ While the 1947 legislation allows for the control of logs to ensure an adequate supply and distribution of such in Canada or in order to implement an intergovernmental arrangement or commitment, the relevant affidavit filed on behalf of the respondent states that the logs were put on the Export Control List for the former purpose.⁸

Process Re: Permit Requests

5 At the time the applicant made applications to the Minister for export permits, one dated February 21, 1995, and another dated April 4, 1995, (applications numbered 228989 and 228991 respectively) the applicant knew that the practice followed by the officials of the Department of Foreign Affairs and International Trade (the Department), with respect to the exportation of logs harvested in British Columbia, was to defer to what is referred to as “the TEAC process”.

6 The applicant was highly critical of the TEAC process, for a number of reasons. The applicant applied to the Minister for export permits without first making an application to the British Columbia Ministry of Forests (the first step of the TEAC process). In response to the applicant’s February 21, 1995 application, a letter, dated April 5, 1995, was sent to the applicant by Mr. Hobson, the Director General, Export and Import Controls Bureau of the Department, telling the applicant that the Minister had decided that the application was incomplete because the applicant had not gone through the TEAC process. The processing of the many requests for permits that are received by the Minister is normally done by departmental officials, as the Minister’s delegates, without direct reference to the Minister. In this case, however, since Mr. Evans was challenging the basis of the decision-making process being used, his application and letter of February 21,

sur les licences d’exportation et d’importation, qui permet le contrôle de certains articles en vue de favoriser leur transformation au Canada, a été inséré dans la Loi en 1974⁶. L’alinéa 3c.1), qui permet de contrôler l’exportation d’un article en vue de faciliter l’exécution de la *Loi sur le droit à l’exportation de produits du bois d’œuvre*, a été inséré en 1985⁷. Bien que la loi de 1947 permette le contrôle de l’exportation des billes pour garantir leur approvisionnement et leur distribution en quantité suffisante au Canada ou pour mettre en œuvre un accord ou un engagement intergouvernemental, l’intimé affirme dans son affidavit que les billes ont été inscrites sur la liste de contrôle des exportations pour la première de ces fins⁸.

Procédure à suivre pour obtenir une licence

5 À l’époque où elle a soumis au ministre ses demandes de licence d’exportation (en l’occurrence les demandes n^{os} 228989 et 228991 datées respectivement du 21 février 1995 et du 4 avril 1995), la requérante savait que les fonctionnaires du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (le Ministère) avaient pour politique de s’en remettre à «la procédure du comité consultatif» en ce qui concerne l’exportation des billes récoltées en Colombie-Britannique.

6 La requérante a, pour diverses raisons, vivement critiqué la procédure du comité consultatif. Elle a soumis des demandes de licences d’exportation au ministre sans avoir d’abord présenté de demande au ministère des Forêts de la Colombie-Britannique (la première étape de la procédure du comité consultatif). En réponse à la demande soumise le 21 février 1995 par la requérante, le directeur général de la Direction du contrôle des exportations et des importations du Ministère, M. Hobson, a écrit à la requérante le 5 avril 1995. Dans cette lettre, M. Hobson informait la requérante que le ministre jugeait sa demande incomplète parce que la requérante n’avait pas suivi la procédure du comité consultatif. Le traitement des nombreuses demandes de licence que reçoit le ministre est normalement effectué par des fonctionnaires du Ministère, qui agissent alors en qualité de délégués du ministre et qui ne relèvent pas directement de ce dernier. En l’espèce toutefois,

1995, was brought to the attention of the Minister before the April 5, 1995 reply was sent. This was done under cover of a memorandum, dated March 21, 1995, from department officials to the Minister.

7 This memorandum explained the use of the TEAC process for deciding whether a federal export permit should be issued. The memorandum explained that it was only in British Columbia that a supply test was used, for a federal export permit to be issued, because British Columbia was the only province to restrict the export of logs for the purpose of ensuring an adequate supply to provincial processors. The memorandum stated that it was federal policy to work closely with the provinces so that exports from federal lands were treated equally with exports from provincial lands. The memorandum acknowledged that the practice being followed might be challenged because it did not embody a federal policy distinct from that applied by the provincial government and because federal officials were not represented on the responsible bodies. The memorandum suggested, however, that no full review of the procedure presently in place be undertaken because of likely political reaction by the British Columbia government and because sensitive consultations were underway with the United States concerning softwood lumber. The memorandum discussed the possibility of granting the applicant the permit he sought but recommended against it because that course of action would open the floodgates to other similar applications and it would lead to criticism from the British Columbia government as well as from environmental groups.

comme M. Evans contestait le principe même du processus décisionnel qui était utilisé, sa demande et sa lettre du 21 février 1995 ont été portées à l'attention du ministre avant que la réponse du 5 avril 1995 ne lui soit envoyée. Cette démarche a été effectuée sous forme de note de service adressée au ministre le 21 mars 1995 par les fonctionnaires du Ministère.

7 Cette note de service expliquait les raisons pour lesquelles on utilisait la procédure du comité consultatif pour décider de l'opportunité de délivrer une licence d'exportation fédérale. On y précisait que le critère de l'approvisionnement était appliqué uniquement en Colombie-Britannique en matière de délivrance de licences d'exportation, étant donné que cette province est la seule à limiter l'exportation de billes en vue d'assurer un approvisionnement en quantité suffisante aux entreprises de transformation provinciales. La note de service précisait également que l'Administration fédérale avait pour politique de travailler en étroite collaboration avec les provinces pour s'assurer que les exportations de produits récoltés sur les terres domaniales fédérales soient traitées sur un pied d'égalité avec les exportations des produits provenant des terres domaniales provinciales. La note de service reconnaissait que la pratique qui était suivie était susceptible d'être contestée parce qu'elle ne constituait pas une politique fédérale différente de celle que le gouvernement provincial appliquait et parce que les fonctionnaires fédéraux n'étaient pas représentés au sein des organismes compétents. Les auteurs de la note de service laissaient toutefois entendre qu'il n'y avait pas lieu de réviser en profondeur la procédure présentement suivie en raison des réactions politiques probables du gouvernement de la Colombie-Britannique et parce que des consultations délicates étaient alors en cours avec les États-Unis au sujet du bois d'œuvre. Les auteurs de la note de service discutaient également de la possibilité d'accorder à la requérante la licence qu'elle demandait, mais finissaient par recommander de ne pas le faire, étant donné que cette façon de procéder ouvrirait tout grand la porte à d'autres demandes semblables et qu'elle s'attirerait des critiques de la part du gouvernement de la Colombie-Britannique ainsi que des groupes écologistes.

8 While reference is made in the memorandum to the lands as federal lands, the lands from which the applicant's logs came are private lands, the underlying Crown grant for which was originally federal. They are not federal lands. Also, with respect to the floodgates argument it must be noted that only 6% of British Columbia land falls outside provincial control and of this only 1.5% of the timber harvested in British Columbia is from private lands originating from federal Crown grants. With respect to possible concerns by environmental groups, the logs the applicant sought to export were not from old-growth forests. In any event, the Minister endorsed the recommended response that had been prepared for him, by officials, and the April 5 letter was sent to the applicant, informing him that the application was incomplete, but if TEAC approved his application, department officials would reconsider that application.

9 On April 10, 1995, the applicant responded to the April 5 letter reiterating the position that the process being used was legally flawed. The applicant's February 21, 1995 letter had noted that logs harvested anywhere else in Canada were automatically granted federal export permits. The April 10, 1995 letter reiterated that even in British Columbia not all applicants for export permits for British Columbia harvested logs were required to go through the TEAC process—permits for the export of logs harvested from Indian lands were not subject to that process nor were logs harvested from any lands that had been exempted from the TEAC process by a British Columbia order in council. Mr. Evans also pointed out that he had been given no opportunity to respond to whatever representations had been put before the Minister, by Department officials, before the April 5, 1995 reply was sent to him. The applicant had requested that opportunity. The applicant stated that it would make an application to TEAC, as the Minister had instructed, but this was being done under protest. (In fact, such applications had

8 Bien que les auteurs de la note de service qualifient les terres visées de terres domaniales fédérales, les terres desquelles proviennent les billes de la requérante sont des terres privées qui ont à l'origine été concédées par la Couronne fédérale. Elle ne font donc pas partie du territoire domanial fédéral. De plus, en ce qui concerne l'argument de la porte ouverte, il convient de noter que seulement six pour cent des terres privées de la Colombie-Britannique échappent au contrôle de la province et que seulement 1,5 pour 100 du bois d'œuvre récolté en Colombie-Britannique provient de terres privées concédées par la Couronne fédérale. En ce qui concerne les craintes éventuelles des groupes écologistes, il convient de souligner que les billes que la requérante cherchait à exporter ne provenaient pas d'un peuplement mûr. En tout état de cause, le ministre a donné suite à la recommandation qui lui avait été faite par les fonctionnaires, et la lettre du 5 avril a été envoyée à la requérante pour l'informer que sa demande était incomplète mais que, si le comité consultatif approuvait sa demande, les fonctionnaires du Ministère réexamineraient leur décision.

9 Le 10 avril 1995, la requérante a répondu à la lettre du 5 avril en réitérant sa thèse que la procédure qui était suivie était irrégulière sur le plan juridique. Dans sa lettre du 21 février 1995, la requérante avait souligné que les billes récoltées ailleurs au Canada faisaient automatiquement l'objet d'une licence fédérale d'exportation. Dans sa lettre du 10 avril 1995, la requérante répétait que, même en Colombie-Britannique, ce n'était pas tous ceux qui demandaient une licence d'exportation de billes récoltées en Colombie-Britannique qui étaient tenus de se soumettre à la procédure du comité consultatif. Ainsi, l'exportation des billes récoltées sur des terres indiennes n'était pas assujettie à cette procédure, ni les billes récoltées sur des terres faisant l'objet d'une dispense d'application de la procédure du comité consultatif par suite de la prise d'un décret provincial. M. Evans faisait également valoir qu'on ne lui avait pas donné l'occasion de répondre aux observations que les fonctionnaires du Ministère avaient pu soumettre au ministre avant que la réponse du 5 avril 1995 ne lui soit envoyée. La requérante avait

already been made.) The applicant also stated that once the initial advertising stage of that process was over, it would again ask the Minister to make the decision required. The applicant's letter reads, in part:

Your ministry, not TEAC, must decide under the Export and Import Permit Act whether to grant us our permit using the same criteria as applied to all Canadians. You will then decide whether you wish to grant our permit

- 10 As noted, what is referred to as the TEAC process is the procedure used by the British Columbia government for section 135, *Forest Act*, purposes. An application is made to the British Columbia Ministry of Forestry for permission to export the particular quantity and type of logs in question. Notice of this application is sent by the provincial Ministry to processors of logs who are listed with the Ministry as having requested that they be given such notice. If any processor wishes to purchase the logs that are the subject of the notice, an offer to purchase is tendered at the price the would-be purchaser is willing to pay. If no offers are tendered, the logs are deemed to be surplus to the needs of timber processing facilities within the province. Notice of that fact is given to federal officials and an export permit is issued. If offers are received, they are referred to TEAC for determination as to whether they are fair. If TEAC determines that the offers are not fair, there is also an assumption that the logs are surplus to provincial needs. Federal permission to export is given. If TEAC determines that the offers are fair, there is determined to be a lack of supply in British Columbia. Federal permission to export is not given. TEAC assesses fairness by reference to the domestic market, not the international market. In the applicant's case, offers were received and TEAC determined them to be fair. Had the applicant been able to sell its logs on

demandé qu'on lui accorde cette possibilité. Elle a déclaré qu'elle présenterait une demande au comité consultatif, comme le ministre lui avait demandé de le faire, mais qu'elle le faisait contre son gré. (En fait, elle avait déjà présenté ces demandes.) La requérante a également affirmé qu'une fois que l'étape initiale de publicité de cette procédure serait terminée, elle demanderait de nouveau au ministre de prendre la décision requise. Voici un extrait de la lettre de la requérante:

[TRADUCTION] C'est à votre Ministère, et non au comité consultatif, qu'il incombe, aux termes de la Loi sur les licences d'exportation et d'importation, de décider de l'opportunité de nous délivrer notre licence en appliquant les mêmes critères que ceux qui sont appliqués à l'ensemble des Canadiens. Vous déciderez alors si vous désirez nous délivrer une licence . . .

- 10 Ainsi qu'il a déjà été signalé, la procédure du comité consultatif dont il est question est la procédure suivie par le gouvernement de la Colombie-Britannique pour l'application de l'article 135 du *Forest Act*. Une demande est présentée au ministère des Forêts de la Colombie-Britannique en vue d'obtenir la permission d'exporter une quantité et un type déterminés de billes. Le ministère provincial des Forêts envoie un avis de cette demande aux entreprises de transformation de billes qui, d'après les listes qu'il possède, ont demandé d'en être informées. Si une entreprise de transformation désire acheter les billes qui sont visées par cet avis, elle soumet une offre d'achat au prix qu'elle est prête à payer. Si aucune offre n'est soumise, les billes sont réputées excéder les besoins des entreprises provinciales de transformation de billes. Les fonctionnaires fédéraux sont avisés de la situation et une licence d'exportation est délivrée. Si des offres sont reçues, elles sont envoyées au comité consultatif pour qu'il détermine si elles sont valables. Si celui-ci juge que les offres ne sont pas valables, on présume que les billes dépassent les besoins de la province. Les autorités fédérales accordent alors la permission d'exporter les billes en question. Si le comité consultatif conclut que les offres sont valables, on présume que l'approvisionnement est insuffisant en Colombie-Britannique. Dans ce cas, les autorités fédérales n'accordent pas la permission d'exporter. Le comité

the international market it would have received substantially more for them.

11 As noted, the applicant had decided, under protest, to make applications to the British Columbia Ministry of Forests. These applications were made on March 21, 1995. Notice of the logs the applicant wished to export was issued to British Columbia processors on April 4, 1995. The deadline for submitting offers to purchase closed on April 21, 1995. On April 21, 1995, the applicant wrote again to the Minister reiterating the objection that there had been no opportunity to make submissions directly to him, "nor had the applicant been made aware of what representations were being put to the Minister in opposition to the applicant's position." (The Deputy Minister of Foreign Affairs, however, had met with the applicant on April 19, 1995, to discuss the matter.) The applicant's April 21 letter again detailed the applicant's concern about the TEAC process and restated the view that the requirement that the applicant receive TEAC approval as a precondition for a federal export permit was *ultra vires*. The letter urged the Minister not to abdicate his duty to make the relevant decision. This letter contained a vigorous attack on the TEAC process. The letter alleges that the process is used by "purchasers" to obtain concessions, from a person wishing to export logs, as a *quid pro quo* for withdrawing what the applicant calls "blocking offers"; a practice the applicant calls "blockmail". A second letter was sent to the Minister on April 27, 1995, stating that the applicant had made counter offers to those bidding on the logs he wished to export and none had been accepted. He put this forward as evidence that the TEAC process was really a price-fixing mechanism.

consultatif évalue les offres en fonction du marché intérieur et non d'après le marché international. Dans le cas de la requérante, des offres ont été reçues et le comité consultatif les a jugées valables. Si la requérante avait réussi à vendre ses billes sur le marché international, elle aurait obtenu un prix beaucoup plus élevé.

Ainsi qu'il a déjà été précisé, la requérante avait décidé contre son gré de présenter des demandes au ministère des Forêts de la Colombie-Britannique. Ces demandes ont été faites le 21 mars 1995. Un avis portant sur les billes que la requérante désirait exporter a été envoyé aux entreprises de transformation de la Colombie-Britannique le 4 avril 1995. La date limite de présentation des offres d'achat était le 21 avril 1995. Le 21 avril 1995, la requérante a écrit de nouveau au ministre pour répéter qu'on ne lui avait pas donné l'occasion de faire valoir son point de vue directement devant lui et pour dire que [TRADUCTION] «la requérante n'a pas non plus été mise au courant des observations faites au ministre à l'encontre de sa thèse». (Le sous-ministre des Affaires étrangères avait toutefois rencontré la requérante le 19 avril 1995 pour discuter de la question.) Dans sa lettre du 21 avril, la requérante a de nouveau formulé en détail ses réserves au sujet de la procédure du comité consultatif et a répété qu'elle estimait que le Ministère n'avait pas le droit de l'obliger à obtenir d'abord l'approbation du comité consultatif avant de pouvoir demander une licence d'exportation. Dans sa lettre, la requérante pria instamment le ministre de ne pas renoncer à son devoir de prendre la décision pertinente. Dans cette lettre, la requérante attaqua vigoureusement la procédure du comité consultatif. Elle alléguait que des «acheteurs» se servaient de cette procédure pour obtenir des concessions de personnes désirant exporter des billes comme paravent pour retirer ce que la requérante a appelé des «offres de blocage», une pratique que la requérante qualifie de [TRADUCTION] «chantage». La requérante a envoyé une seconde lettre au ministre le 27 avril 1995 pour lui dire qu'elle avait fait une contre-offre à ceux qui avaient présenté une offre au sujet des billes qu'elle désirait exporter et qu'aucune n'avait été acceptée. Elle a invoqué ce fait pour démontrer que la procédure du comité consultatif

11

12 On May 2, 1995, the Minister responded to the letters of April 21 and April 27 indicating that the TEAC process (and similar processes to it) had been used for many years as a means of facilitating decisions at the federal level and that he was not prepared to consider the applicant's export permit applications without the benefit of a recommendation from TEAC. This response by the Minister was preceded by a memorandum to him, from department officials, restating that while there were good reasons to review the department's policy and to tighten the relevant procedures, such a review was not being recommended at that time. With respect to the applicant's allegations of "blockmail" and price fixing, the memorandum recommended that the Minister respond to those concerns in only a very general way by saying "While I do not agree in a number of instances, I have noted the points raised in your letters". The May 2, 1995 letter signed by the Minister referred to the applicant's concerns with the TEAC process using the words recommended, and stated, as well, "I am not prepared to consider further your export permit applications without the benefit of a recommendation from TEAC".

13 TEAC held a meeting on May 8, 1995, to consider whether the offers to purchase the applicant's logs were fair offers. It was decided they were. The applicant had sought leave, on May 5, to attend this meeting as an observer. TEAC responded to that request, stating that only TEAC members and government representatives were allowed to attend its meetings. Because of Mr. Evans' challenge to the Minister's reliance on the TEAC process, a representative from the Department attended the May 8, 1995 meeting as an observer.

constituait en réalité un mécanisme de fixation des prix.

12 Le 2 mai 1995, le ministre a répondu aux lettres du 21 et du 27 avril en précisant que la procédure du comité consultatif (et les procédures analogues) était employée depuis des années comme moyen de faciliter la prise de décisions au palier fédéral et qu'il n'était pas disposé à examiner les demandes de licences d'exportation de la requérante sans avoir eu l'avantage de prendre connaissance de la recommandation du comité consultatif. Cette réponse du ministre avait été précédée par un note de service que des fonctionnaires du Ministère lui avait envoyée pour réaffirmer que, bien qu'il y eût de bonnes raisons de revoir la politique du Ministère et de resserrer la procédure applicable, cette révision n'était pas recommandée pour le moment. Pour ce qui est des allégations de «chantage» et de fixation des prix, les fonctionnaires recommandaient au ministre dans leur note de service de ne répondre à ces préoccupations que d'une façon très générale en disant: [TRADUCTION] «Bien que je ne sois pas d'accord pour dire que cette situation s'est produite à plusieurs reprises, je prends bonne note des points que vous avez soulevés dans vos lettres.» Dans sa lettre du 2 mai 1995, le ministre a fait état des réserves exprimées par la requérante au sujet de la procédure du comité consultatif en employant les mots recommandés. Il a également déclaré: [TRADUCTION] «Je ne suis pas disposé à poursuivre l'examen de vos demandes de licences d'exportation sans avoir d'abord eu l'avantage de prendre connaissance des recommandations du comité consultatif.»

13 Les membres du comité consultatif se sont réunis le 8 mai 1995 pour déterminer si les offres d'achat des billes de la requérante étaient valables. Ils ont décidé qu'elles l'étaient. La requérante avait demandé le 5 mai la permission de participer à cette réunion à titre d'observateur. Le comité consultatif a répondu à cette demande en déclarant que seuls les membres du comité consultatif et les représentants du gouvernement avaient le droit d'y être présents. Comme la requérante contestait le fait que le ministre s'en remettait à la procédure du comité consultatif, un représentant du Ministère a participé à la rencontre du 8 mai 1995 à titre d'observateur.

14 Following the May 8, 1995, TEAC meeting, a third memorandum was sent to the Minister concerning the Evans' applications. It recommended that they be refused because TEAC had found that fair offers to purchase the logs had been made by log processors. Thus, the logs were not surplus to provincial domestic needs. The officials reported to the Minister that TEAC had told them there was a log shortage on the British Columbia coast at the time; a copy of a letter that had been provided to TEAC, by CIPA Lumber Co. Ltd., was appended to the memorandum. The letter stated that there was "an extreme log shortage on the coast of B.C.". This letter was never seen by the applicant, either when it was given to TEAC, or when it was given to the Minister. CIPA was one of the processors that had made offers to purchase the applicant's logs. The memorandum to the Minister recommended that the applicant's requests for export permits be denied because there were "no exceptional circumstances" upon which to base a decision to override TEAC. The Minister approved the recommendation. A letter, dated May 15, 1995, was sent to the applicant, by the Director General, Export and Import Controls Bureau. It stated that TEAC had found that fair offers had been made for the applicant's logs, and the applications for federal export permits were therefore refused.

15 In the same week that the applicant was refused export permission for his logs, logs of basically the same type and from a similar location to the applicant's, were found by TEAC to be surplus to provincial needs. Federal export permits were issued for them, automatically, by officials of the Department. While offers to purchase those logs had been filed with the British Columbia Ministry of Forests, the offers had been withdrawn before TEAC considered them. A letter from the applicant to the Minister,

14 À la suite de la rencontre du 8 mai 1995, les fonctionnaires du Ministère ont envoyé une troisième note de service au ministre au sujet des demandes de M. Evans. Ils recommandaient que ces demandes soient refusées parce que le comité consultatif avait conclu que des entreprises de transformation de billes avaient fait une offre valable d'achat au sujet des billes. Les billes ne dépassaient donc pas les besoins internes de la province. Les fonctionnaires ont signalé au ministre que le comité consultatif leur avait dit qu'il y avait une pénurie de billes sur la côte de la Colombie-Britannique à ce moment-là. Une copie de la lettre qui avait été transmise au comité consultatif par la CIPA Lumber Co. Ltd. a été annexée à cette note de service. La lettre portait qu'il y avait [TRADUCTION] «une grave pénurie de billes sur la côte de la Colombie-Britannique». La requérante n'a jamais vu cette lettre, que ce soit au moment où elle a été remise au comité consultatif ou lorsqu'elle a été transmise au ministre. La CIPA était au nombre des entreprises de transformation qui avaient présenté une offre en vue d'acheter les billes de la requérante. La note de service adressée au ministre recommandait que les demandes de licences d'exportation de la requérante soient refusées parce qu'il n'existait pas de «circonstances exceptionnelles» justifiant de ne pas tenir compte de la recommandation du comité consultatif. Le ministre a adopté la recommandation. Le directeur général de la Direction du contrôle des exportations et des importations a envoyé une lettre à la requérante le 15 mai 1995. Dans cette lettre, il précisait que le comité consultatif avait conclu que des offres valables avaient été faites au sujet des billes de la requérante et que les demandes de licences d'exportation fédérales étaient en conséquence rejetées.

15 Au cours de la même semaine durant laquelle la requérante s'était vu refuser la permission d'exporter ses billes, le comité consultatif a jugé que des billes essentiellement du même type et de la même région que celles de la requérante excédaient les besoins de la province. Des fonctionnaires du Ministère ont, de façon automatique, délivré des licences fédérales d'exportation à l'égard de ces billes. Des offres d'achat de ces billes avaient bel et bien été déposées auprès du ministère des Forêts de la Colombie-

dated May 23, 1995, reads in part:

d) TEAC recommended against our export permits while recommending that export permits be granted to B&I Forest Products Ltd. for logs of similar type and location to our logs notwithstanding that there were unfilled "fair" offers for our logs. In other words, TEAC found at one and the same time that in the case of our logs, there was not a "surplus" of logs, but in the case of B&I's logs there was a "surplus" of logs and recommended their export;

16 Further correspondence passed between the parties. I do not find it necessary to refer to any of this except to note that the fees the applicant had paid to file the permit applications were returned under cover of a letter dated May 31, 1995.

17 While some of the documentation sent to the applicant by the Minister, or his officials, or sent by officials to the Minister refer to the Minister receiving "advice" from TEAC and TEAC's "recommendations", these documents were written after the applicant had notified officials that he was challenging the process that was being used and that he considered the process to be either an abdication by the Minister of his decision-making responsibility or a fettering of his discretion. Less guarded wording was used in correspondence carrying an earlier date. The applicant filed in evidence a letter from the Department, dated August 23, 1991, which stated:

Once the B.C. Ministry of Forests has given a favourable recommendation for the export of logs, exporters should forward by telecopier, copies of the valid provincial permit (form FS-34) and the relevant form FS-38 to (613) 996-9933. Once these documents are received in the Export Import Permits Bureau, the federal export permit will be issued and sent to the applicant by courier or telecopier. We wish to assure exporters that the Export Import Permits Bureau will issue permits in the briefest

Britannique, mais ces offres avaient été retirées avant que le comité consultatif ne les examine. Voici un extrait de la lettre que la requérante a écrite au ministre le 23 mai 1995:

[TRADUCTION]

d) Le comité consultatif a formulé une recommandation défavorable à la délivrance de licences d'exportation tout en recommandant que des licences d'exportation soient délivrées à la B & I Forest Products Ltd. pour des billes d'un type et d'une provenance semblables à celles de nos billes, malgré le fait que des offres «valables» auxquelles aucune suite n'a été donnée aient été faites au sujet de nos billes. En d'autres termes, le comité consultatif a conclu simultanément qu'il n'y avait pas d'excédent dans le cas de nos billes, mais qu'il y en avait un dans le cas des billes de la B & I, et il a recommandé l'exportation de celles-ci;

Les parties se sont échangées d'autres lettres. 16 J'estime qu'il n'est pas nécessaire d'en citer des extraits, sauf pour signaler que les droits que la requérante avait payés pour déposer les demandes de licences lui ont été remboursés avec la lettre qui lui a été adressée le 31 mai 1995.

Bien que certains des documents qui ont été en- 17 voyés par le ministre ou ses fonctionnaires à la requérante, ou encore par les fonctionnaires au ministre, mentionnent le fait que le ministre a reçu des «conseils» et des «recommandations» de la part du comité consultatif, ces documents ont été rédigés après que la requérante eut avisé les fonctionnaires qu'elle contestait la procédure suivie et qu'elle estimait que celle-ci constituait une renonciation par le ministre de ses pouvoirs décisionnels ou encore une entrave à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Des termes moins circonspects avaient été employés dans des lettres antérieures. Ainsi, la requérante a déposé en preuve une lettre écrite par le Ministère le 23 août 1991, qui portait:

[TRADUCTION] Une fois que le ministère des Forêts de la Colombie-Britannique reçoit une recommandation favorable en ce qui concerne l'exportation de billes, les exportateurs doivent transmettre par télécopieur des copies de leur licence provinciale en cours de validité (la formule FS-34) ainsi que la formule pertinente FS-38 au numéro (613) 996-9933. Sur réception de ces documents, la Direction du contrôle des licences d'exportation et d'importation délivre la licence fédérale d'exportation qu'elle en-

time possible once the above mentioned forms have been duly completed.

- 18 Correspondence dated December 21, 1993, from the Department states:

We have reviewed your request and can confirm that the Federal export permit would be issued upon the issuance of a Provincial export permit (form FS34). In this regard, we will hold in abeyance your federal export permit application pending receipt of the FS34. I have enclosed an additional copy of Notice to Exporters No. 23, dated January 1, 1986 which details the process for obtaining a federal permit.

- 19 A notice of July 21, 1994, from the Export Controls Division (federal) to Exporters of Forest Products from British Columbia reads:

Exporters should note that logs proposed for export from the province of British Columbia require both a Federal and Provincial permit. The Federal permit (form EXT 1042) cannot be issued without this Division receiving a valid B.C. permit (FS 34) and the relevant B.C. application (FS 38). For woodchips exported from B.C., exporters should submit to this office a copy of the relevant "Order Of The Lieutenant Governor In Council" issued by the Province of British Columbia along with the federal application (EXT 1042). Once these documents are received, the federal export permit will be issued and returned to the applicant/exporter whichever the case may be.

- 20 The Director General of the Export and Import Controls Bureau was asked on cross-examination whether, to his knowledge, there were any occasions when a federal export permit had been issued despite a TEAC refusal. He responded that he knew of three occasions. One was when a permit had been issued by mistake. There had been a miscommunication and federal officials thought that TEAC had approved the exportation of the logs. On another occasion, federal export permits had been granted for logs harvested from adjacent lands, those lands

voie à l'auteur de la demande par messenger ou par télécopieur. Nous désirons assurer les exportateurs que la Direction du contrôle des licences d'exportation et d'importation délivre les licences dans les plus brefs délais possibles une fois que les formules susmentionnées sont remplies.

- Voici un extrait de la lettre écrite par le Ministère le 21 décembre 1993:

[TRADUCTION] Nous avons examiné votre demande et nous sommes en mesure de confirmer qu'une licence fédérale d'exportation sera délivrée dès que la licence provinciale d'exportation (formule FS-34) le sera. À cette fin, nous suspendons l'examen de votre demande de licence fédérale d'exportation jusqu'à ce que nous ayons reçu la formule FS-34. Vous trouverez ci-joint une copie supplémentaire de l'avis n° 23 du 1^{er} janvier 1986 qui a été envoyé aux exportateurs et qui explique en détail la procédure à suivre pour obtenir une licence fédérale.

- Voici l'avis que la Direction (fédérale) du contrôle des exportations a envoyée le 21 juillet 1994 aux exportateurs de produits forestiers de la Colombie-Britannique:

[TRADUCTION] Nous signalons aux exportateurs qu'ils doivent obtenir à la fois une licence fédérale et une licence provinciale pour pouvoir exporter des billes de la province de la Colombie-Britannique. Notre direction ne peut délivrer une licence fédérale (formule EXT 1042) tant qu'elle n'a pas reçu de licence de la Colombie-Britannique en cours de validité (la formule FS-34), ainsi que la demande pertinente de cette province (la formule FS-38). Dans le cas des copeaux de bois exportés de la Colombie-Britannique, les exportateurs doivent soumettre à notre bureau une copie du décret applicable pris par le lieutenant-gouverneur en conseil de la province de la Colombie-Britannique, ainsi que la demande fédérale (EXT 1042). Une fois ces documents reçus, la licence fédérale d'exportation est délivrée à l'auteur de la demande ou à l'exportateur, selon le cas.

- Lors de son contre-interrogatoire, on a demandé au directeur général de la Direction du contrôle des exportations et des importations si, à sa connaissance, il était déjà arrivé qu'une licence fédérale d'exportation soit délivrée malgré le refus du comité consultatif. Il a répondu qu'il était au courant de trois cas. Dans un cas, la licence avait été délivrée par erreur. Il y avait eu un problème de communication: les fonctionnaires fédéraux croyaient à tort que le comité consultatif avait approuvé l'exportation des billes. Dans un autre cas, des licences fédérales

having been exempted from the TEAC process by Order in Council of the British Columbia government. Thus, despite a negative TEAC decision with respect to logs harvested from neighbouring lands that had not been so exempted, it was decided to allow the export of those logs. This was described as an unusual situation.⁹ On the third occasion, it was discovered, after TEAC had found that fair offers had been made and the departmental officials (in the Minister's name) had refused approval of a federal export permit, that the offers on which TEAC had based its decision had expired before the TEAC decision was made.

d'exportation avaient été délivrées relativement à des billes provenant de terrains contigus, lesquels avaient été soustraits à la procédure du comité consultatif aux termes d'un décret pris par le gouvernement de la Colombie-Britannique. Ainsi, malgré la décision négative prise par le comité consultatif au sujet des billes récoltées sur les terres avoisinantes, on avait décidé de permettre l'exportation de ces billes. Cette situation a été qualifiée d'inhabituelle⁹. Dans le troisième cas, on avait découvert, après que le comité consultatif eut estimé que des offres valables avaient été faites et que les fonctionnaires du Ministère eurent (au nom du ministre) refusé d'approuver la délivrance d'une licence fédérale d'exportation, que les offres sur lesquelles le comité consultatif avait fondé sa décision étaient devenues caduques avant que le comité consultatif ne prenne sa décision.

21 The Director General, Export and Import Controls Bureau, filed an affidavit for the purposes of this litigation, stating that the federal government had for many years acknowledged provincial constitutional responsibility for resource management and the regulation of primary production therefrom. In accordance with that policy, he states that where provinces have supply concerns, federal policies have been coordinated to complement and support the provincial measures. In so far as the exportation of unprocessed British Columbia logs is concerned, the Minister has chosen and chooses to rely upon the expertise of TEAC to determine whether there is an adequate supply for domestic purposes. This practice is motivated by a desire to ensure that logs from federal and provincial lands are treated equally and because it would be costly and wasteful to duplicate the TEAC process to duplicate the adequacy of supply determination. I note again that the use of the term "federal lands" is confusing in this context because the lands are, in fact, private lands.

Le directeur général de la Direction du contrôle des exportations et des importations a déposé un affidavit dans le cadre de la présente instance. Il y affirme que le gouvernement fédéral reconnaît depuis de nombreuses années que les provinces sont constitutionnellement chargées de la gestion des ressources et de la réglementation des produits de base qui en sont dérivés. Il affirme que, conformément à cette politique, lorsque les provinces ont des problèmes d'approvisionnement, les politiques fédérales sont harmonisées avec les mesures provinciales de manière à compléter et à appuyer celles-ci. En ce qui concerne l'exportation de billes non transformées provenant de la Colombie-Britannique, le ministre a choisi — et choisit toujours — de s'en remettre à l'expertise du comité consultatif pour déterminer s'il existe un approvisionnement suffisant compte tenu des besoins internes. Cette politique est motivée par un désir de s'assurer que les billes provenant de terres fédérales et des terres provinciales sont traitées sur un pied d'égalité et parce qu'il serait coûteux et inutile de faire double emploi avec la procédure du comité consultatif pour déterminer si les approvisionnements sont suffisants. Je souligne à nouveau que l'emploi de l'expression «terres fédérales» crée de la confusion dans ce contexte parce que les terres en question sont, en réalité, des terres privées.

21

Arguments and Analysis

22 The applicant challenges the decision refusing it permits to export logs on four grounds: (1) there was a fettering of discretion in making the decision; (2) extraneous and improper considerations were taken into account in making the decision; (3) the decision-making process was discriminatory; (4) the applicant was denied an adequate opportunity to be heard in relation to the applications.

a) Fettering of discretion—abdication of decision-making responsibility

23 The respondent argues that there was no fettering or abdication of the Minister's decision-making authority, that the Minister personally made a decision on the applicant's applications, that a decision maker in the position of the Minister can create or adopt general policies to be applied in decision-making provided he keeps an open mind and decides whether the policy should be modified in individual cases. The respondent notes that the Courts do not dictate policy to decision makers and, in this case, a policy of using TEAC procedures and expertise was adopted. The following decisions were referred to: *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2; *Boulis v. Minister of Manpower and Immigration*, [1974] S.C.R. 875, at page 877; *Thorne's Hardware Ltd. et al. v. The Queen et al.*, [1983] 1 S.C.R. 106; *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.); *Rex v. Port of London Authority. Ex parte Kynoch, Limited*, [1919] 1 K.B. 176 (C.A.), at page 184; *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Comm.*, [1978] 2 S.C.R. 141; *In re North Coast Air Services Limited*, [1972] F.C. 391 (C.A.); *British Oxygen Co. Ltd. v. Board of Trade*, [1971] A.C. 610 (H.L.).

24 Counsel for the applicant does not disagree with the applicable principles of law cited by the respondent but refers to the jurisprudence demonstrating

Prétentions et moyens des parties et analyse

22 La requérante invoque quatre moyens pour contester la décision par laquelle on lui a refusé d'exporter des billes: 1) il y a eu entrave au pouvoir discrétionnaire lors de la prise de la décision en question; 2) le décisionnaire a tenu compte de facteurs étrangers et irréguliers pour prendre sa décision; 3) le processus décisionnel était discriminatoire; 4) la requérante n'a pas eu une occasion suffisante d'être entendue au sujet des demandes.

a) Entrave à l'exercice du pouvoir discrétionnaire — renonciation au pouvoir décisionnel

23 L'intimé affirme qu'il n'y pas eu entrave à l'exercice du pouvoir décisionnel du ministre, ni renonciation par celui-ci à son pouvoir décisionnel. Il soutient que le ministre a personnellement pris une décision au sujet des demandes de la requérante, qu'un décisionnaire qui se trouve dans la situation du ministre peut créer ou adopter des politiques générales à appliquer au processus décisionnel à condition qu'il fasse preuve d'ouverture d'esprit et qu'il décide s'il y a lieu de modifier la politique dans certains cas particuliers. L'intimé constate que les tribunaux ne peuvent dicter de politiques aux décisionnaires et qu'en l'espèce, une politique consistant à recourir à la procédure et à l'expertise du comité consultatif a été adoptée. Les décisions suivantes ont été citées: *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2; *Boulis c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1974] R.C.S. 875, à la page 877; *Thorne's Hardware Ltd. et autres c. La Reine et autre*, [1983] 1 R.C.S. 106; *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.); *Rex v. Port of London Authority. Ex parte Kynoh, Limited*, [1919] 1 K.B. 176 (C.A.), à la page 184; *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141; *In re: North Coast Air Services Limited*, [1972] C.F. 391 (C.A.); *British Oxygen Co. Ltd. v. Board of Trade*, [1971] A.C. 610 (H.L.).

24 L'avocat de la requérante n'est pas en désaccord avec les principes de droit applicables qu'invoque l'intimé, mais il cite des décisions qui démontrent

that while a decision maker may adopt guidelines, these cannot be adopted so as to fetter the decision maker's discretion or constitute an abdication of the decision maker's responsibility. The following decisions were referred to: *Saunders Farms Ltd. v. British Columbia (Liquor Control and Licensing Branch, General Manager)* (1995), 122 D.L.R. (4th) 260 (B.C.C.A.), at pages 270-274; *Koopman v. Ostergaard* (1995), 12 B.C.L.R. (3d) 154 (S.C.), at pages 167-168; *Lavender (H.) & Son Ltd. v. Minister of Housing and Local Government*, [1970] 1 W.L.R. 1231 (Q.B.), at pages 1240-1241; *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2, at pages 6-8; *Starlight Drive-In (1978) Ltd. and Hewitt, Re* (1984), 12 D.L.R. (4th) 391 (B.C.S.C.), at pages 394-395.

que, bien qu'un décisionnaire puisse adopter des lignes directrices, celles-ci ne doivent pas avoir pour effet d'entraver l'exercice de son pouvoir discrétionnaire ou constituer une renonciation de ses pouvoirs décisionnels. Les décisions suivantes ont été citées: *Saunders Farms Ltd. v. British Columbia (Liquor Control and Licensing Branch, General Manager)* (1995), 122 D.L.R. (4th) 260 (C.A.C.-B.), aux pages 270 à 274; *Koopman v. Ostergaard* (1995), 12 B.C.L.R. (3d) 154 (C.S.), aux pages 167 et 168; *Lavender (H.) & Son Ltd. v. Minister of Housing and Local Government*, [1970] 1 W.L.R. 1231 (Q.B.), aux pages 1240 et 1241; *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2, aux pages 6 à 8; *Starlight Drive-In (1978) Ltd. and Hewitt, Re* (1984), 12 D.L.R. (4th) 391 (C.S.C.-B.), aux pages 394 et 395.

25 While the applicant may at one time have been of the view that the Minister, personally, had to make the decisions with respect to the applicant's applications, I did not understand this to be argued at the hearing. The flaws in the process that are alleged apply whether it be the Minister himself, or an official of his department acting as his delegate, that makes the decision.

25 Bien que la requérante ait déjà pu penser que le ministre devait personnellement prendre les décisions relatives à ses demandes, cet aspect n'a pas, sauf erreur, été débattu à l'audience. Les présumées irrégularités de cette procédure s'appliquent, peu importe que la décision soit prise par le ministre lui-même ou par un fonctionnaire de son ministère agissant à titre de délégué.

26 There is little dispute about the law applicable to the facts of this case. What is in dispute are the conclusions of fact to be drawn. I do not draw the same conclusions of fact as those upon which the respondent's position is based. The decision the Minister made, repeatedly, and that made by his officials, acting as his delegate, was that the TEAC process governed. Neither the Minister nor his delegates made an independent decision on the merits of the applicant's applications. Documents describing the role of the TEAC process, prior to the present challenge to that process, demonstrate that its role was treated as determinative of whether to grant or to refuse an export permit. The exceptions, which Mr. Hobson identified, reinforce the conclusion that there was in essence a turning over of the whole decision-making authority to TEAC. The lack of specificity in the responses to Mr. Evans' allegations that serious flaws existed in the system (e.g., the allegation of "blockmail") and the comments of

26 Les parties s'entendent de façon générale sur les règles de droit applicables aux faits de la présente affaire. Ce sur quoi elles sont en désaccord, ce sont les conclusions de fait à en tirer. Je ne tire pas les mêmes conclusions de fait que celles qu'invoque l'intimé pour étayer sa thèse. La décision que le ministre a prise plus d'une fois et, que ses fonctionnaires ont prise en leur qualité de délégués du ministre était que la procédure du comité consultatif s'appliquait. Ni le ministre ni ses délégués ne se sont eux-mêmes prononcés sur le bien-fondé des demandes de la requérante. Il ressort de documents qui exposent le rôle que joue la procédure du comité consultatif et qui sont antérieurs à la contestation de cette procédure que l'on considérait que c'était dans le cadre de cette procédure que l'on décidait s'il y avait lieu d'accorder ou de refuser une licence d'exportation. Les exceptions que M. Hobson a énumérées renforcent la conclusion qu'on a essentiellement confié tous les pouvoirs décisionnels au comité

officials thereon demonstrate a lack of awareness by federal officials as to exactly how that process operated. The acceptance that other exporters of logs, of the same type and from a similar location as the applicant's logs, could be granted permits to export, as a result of a decision that there was a surplus of logs available, while on the same day Mr. Evans was denied a permit because there was an "extreme shortage of logs" also indicates a "hands-off" approach, an abdication of decision-making responsibility, by the Minister and the Minister's delegates.

(b) Extraneous considerations

27 I turn then to the arguments concerning the taking into account of extraneous considerations. Counsel for the applicant argues that to the extent the applicant's applications for permits were considered at all by the Minister or his delegates, those considerations were based on irrelevant and extraneous factors: the political reaction of the British Columbia government; the political reaction of the United States government; the claim that environmentalists would be upset; and, the risk that a decision in favour of the applicant would open the floodgates to other applications. The applicant states that these are all irrelevant considerations for the purpose of making a determination as to the adequacy of domestic supply and distribution for defence or other needs. In addition, the applicant argues that the factors relevant to the Minister's decision must relate to the purpose for which logs were placed on the Export Control List by the Governor General in Council.

28 The respondent argues that the Minister's discretion is not so limited: the statute says the Minister "may" issue a permit. It is argued that this gives very broad discretion to the Minister to take into account a variety of public policy factors. It is

consultatif. Le caractère flou des réponses aux allégations de M. Evans suivant lesquelles le système est entaché de graves irrégularités (par ex. l'allégation de «chantage») et les commentaires que les fonctionnaires ont formulés à cet égard démontrent que les fonctionnaires fédéraux ne comprennent pas bien le fonctionnement exact de cette procédure. Le fait qu'ils ont décidé que d'autres exportateurs de billes, semblables à celles de la requérante quant à leurs type et origine, pouvaient obtenir des licences d'exportation par suite de la décision qu'il y avait un excédent de billes et qu'ils ont refusé le même jour à M. Evans une licence parce qu'il y avait une «grave pénurie de billes» indique également que le ministre et ses délégués ont appliqué une «politique de non-intervention» et qu'ils ont renoncé à l'exercice de leurs pouvoirs décisionnels.

b) Prise en compte de facteurs étrangers

Je passe donc aux moyens invoqués au sujet de la prise en compte de facteurs étrangers. L'avocat de la requérante fait valoir que, si tant est qu'ils aient examiné les demandes de licences de la requérante, le ministre ou ses délégués ont tenu compte de facteurs étrangers et non pertinents, en l'occurrence, les réactions politiques de la Colombie-Britannique, les réactions politiques du gouvernement des États-Unis, la prétention suivant laquelle les écologistes seraient contrariés et le risque qu'une décision favorable à la requérante ouvrirait tout grand la porte à d'autres demandes. La requérante affirme qu'aucun de ces facteurs n'est pertinent lorsqu'il s'agit de savoir si l'approvisionnement d'un article est en quantité suffisante pour répondre aux besoins canadiens, notamment en matière de défense. La requérante soutient en outre que les facteurs pertinents à la décision du ministre doivent se rapporter au but pour lequel les billes ont été inscrites par le gouverneur en conseil sur la liste des marchandises d'exportation contrôlée.

L'intimé affirme que le pouvoir discrétionnaire du ministre n'est pas ainsi limité. La loi précise en effet que le ministre «peut» délivrer un permis. Il soutient que cette disposition accorde au ministre un pouvoir discrétionnaire très large qui lui permet de tenir

argued that the Minister is not limited to adequate supply and distribution purposes but may also consider broad general policy concerns. Alternatively, it is argued that he may at least take into account considerations relevant to the paragraphs of section 3 other than paragraph 3(e). That is, it is argued that the Minister did not take into account extraneous factors because he is entitled to consider not only paragraph 3(e) of the *Export and Import Permits Act* but also paragraphs 3(b), (c.1) and (d). Alternatively if only paragraph 3(e) is relevant, then that paragraph should be broadly construed so that "other needs" encompasses the purposes of ensuring processing within one province or federal provincial commitments with that province or international trade considerations.

compte d'une foule de facteurs d'ordre public. Il ajoute que le ministre n'est pas limité aux facteurs relatifs à la suffisance de l'approvisionnement et de la distribution, mais qu'il peut également tenir compte de questions de politique générale. À titre subsidiaire, l'intimé affirme que le ministre peut à tout le moins tenir compte des facteurs visant tous les alinéas de l'article 3 autres que l'alinéa 3e). En d'autres termes, l'intimé affirme que le ministre n'a pas tenu compte de facteurs étrangers parce qu'il a le droit de tenir compte non seulement de l'alinéa 3e) de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation*, mais aussi des alinéas 3b), 3c.1) et 3d). À titre subsidiaire, l'intimé fait valoir que, si seul l'alinéa 3e) est pertinent, cet alinéa devrait être interprété de façon large de manière à englober dans les «autres besoins» la transformation au sein d'une seule province, les engagements intergouvernementaux relatifs à cette province ou des facteurs ayant trait au commerce international.

29 I am of the view that the use of the word "may" at the beginning of section 3 grants the discretionary decision-making authority. It does not, however, establish the scope of factors that should be taken into account in rendering decisions.

Je suis d'avis que l'emploi du mot «peut» au début de l'article 3 a pour effet de conférer au ministre un tel pouvoir décisionnel discrétionnaire. L'article 3 ne précise cependant pas la portée des facteurs dont on doit tenir compte pour prendre une décision. 29

30 With respect to paragraphs 3(b) and (c.1), as noted, these were added to the Act after logs were added to the Export Control List. In so far as paragraph 3(d) is concerned, there is no federal-provincial agreement or memorandum of understanding between the federal government and British Columbia concerning the control of the export of logs from that province. What is more the respondent's own representative stated that it was for supply purposes that logs had been added to the Export Control List. Counsel for the respondent would have me characterize the practice that has developed of relying on the TEAC process and provincial expectations in relation thereto as an "arrangement" or "commitment" for the purposes of paragraph 3(d). I do not draw that conclusion.

En ce qui concerne les alinéas 3b) et 3c.1), ainsi que je l'ai déjà souligné, ils ont été insérés dans la Loi après que les billes eurent été ajoutées à la liste des marchandises d'exportation contrôlée. Pour ce qui est de l'alinéa 3d), il n'existe pas d'engagement intergouvernemental ou de protocole d'entente entre le gouvernement fédéral et la Colombie-Britannique au sujet du contrôle des exportations de billes récoltées dans cette province. Qui plus est, le délégué de l'intimé a lui-même déclaré que c'était pour des raisons d'approvisionnement que les billes avaient été ajoutées à la liste des marchandises d'exportation contrôlée. L'avocat de l'intimé voudrait que je qualifie la pratique qui s'est instaurée de s'en remettre à la procédure du comité consultatif et les attentes de la province à cet égard d'«accord» ou d'«engagement» au sens de l'alinéa 3d). Je ne tire pas cette conclusion. 30

31 I turn then to paragraph 3(e). The export of logs was placed on the Export Control List “to ensure that there is an adequate supply and distribution of [logs] in Canada for defence or other needs” (emphasis added). The respondent’s argument is that “other needs” allows control of export in order to accord with provincial policies of restricting export to ensure a supply within the province, or to limit export for environmental purposes, or for reasons of international trade. Reference is made to the decision in *Teal Cedar Products (1977) Ltd. v. Canada*, [1989] 2 F.C. 158 (C.A.).

32 I do not think the *Teal Cedar* case assists the respondent. It was an order in council that was challenged in that case, not the exercise of a delegated decision-making authority. More importantly, the argument being made was that unless the timber in question was being added to the list to satisfy a need related to a national emergency, or some need similar thereto, the order in council would not be valid. The Court held that “other needs” could refer to needs other than defence. While this is clearly so, phrases such as “for . . . other needs”, when used as those words are used in paragraph 3(e), must be interpreted in accordance with the *ejusdem generis* rule of construction. The words “other needs” are not synonymous with “for any other purpose”. As I read the words of paragraph 3(e), “other needs” must at least have a national or federal character and there must be a “need”. I have difficulty accepting that the existence of a provincial policy, *simpliciter*, falls within the wording “defence or other needs”. In any event, I do not have to decide this issue.

33 While I have set out the arguments that were made by both counsel with respect to extraneous considerations, those arguments were put forward by

31 Je passe donc à l’alinéa 3e). L’exportation des billes a été ajoutée à la liste des marchandises d’exportation contrôlée pour «s’assurer d’un approvisionnement et d’une distribution de cet article en quantité suffisante pour répondre aux besoins canadiens, notamment en matière de défense» (mots non soulignés dans l’original). La thèse de l’intimé est que, pour répondre aux besoins canadiens, on peut contrôler les exportations en vue de les harmoniser avec les politiques provinciales limitant les exportations pour s’assurer d’un approvisionnement en quantité suffisante dans la province ou pour des raisons d’ordre écologique ou de commerce international. L’intimé cite à cet égard le jugement *Teal Cedar Products (1977) Ltd. c. Canada*, [1989] 2 C.F. 158 (C.A.).

32 Je ne crois pas que le jugement *Teal Cedar* vienne en aide à l’intimé. Dans cette affaire, c’était un décret qui était contesté, et non l’exercice d’un pouvoir décisionnel délégué. Mais surtout, la thèse qui était défendue dans cette affaire était que, sauf si le bois en question avait été ajouté à la liste pour répondre à un besoin lié à une urgence nationale ou pour une fin analogue, le décret était invalide. La Cour a jugé que les «besoins canadiens» pouvaient s’entendre des besoins autres que ceux qui concernaient la défense. Bien que ce soit de toute évidence le cas, des expressions comme «pour répondre aux besoins canadiens», lorsqu’elles sont employées comme elles le sont à l’alinéa 3e), doivent être interprétées conformément au principe d’interprétation *ejusdem generis*. L’expression «pour répondre aux besoins canadiens» n’est pas synonyme de l’expression «pour toute autre fin». Suivant mon interprétation du libellé de l’alinéa 3e), les «besoins canadiens» en question doivent à tout le moins avoir une nature nationale ou fédérale, et il doit y avoir un «besoin». J’ai du mal à accepter que l’existence d’une politique provinciale soit, sans plus de précision, visée par les mots «besoins canadiens, notamment en matière de défense». De toute façon, je n’ai pas à me prononcer sur cette question.

33 Bien que j’aie exposé les moyens que les deux avocats ont fait valoir au sujet des facteurs étrangers, ces moyens ont été invoqués par la requérante à titre

the applicant as an alternative basis for a challenge to the decision under review. Given the decision reached above, concerning the abdication of decision making responsibility, no definitive decision need be made with respect thereto. At the same time, I must note that what are referred to as extraneous considerations, in many instances, would more properly be characterized as part of the evidence that demonstrates the fettering of discretion that occurred. This is true with respect to the references to the reactions of the British Columbia government, the United States government and that of environmental groups, as well as the reference to possible floodgates effects. The consideration of these "extraneous" factors was not directed at the merits of the applicant's applications but were factors considered in the context of deciding whether or not to continue to defer to the TEAC process. As noted, as such, they are properly characterized as evidence of the fettering of discretion that occurred.

(c) Discrimination

34 The applicant argues that by automatically granting export permits to those who wish to export logs from other provinces, such as Alberta, and to those who wish to export logs from Indian lands, the discretionary authority to grant permits is being exercised in a discriminatory fashion. Having found that there was a fettering, or abdication, of decision-making authority I do not have to decide this issue.

35 I am persuaded, in any event, that this is a concern about which departmental officials are well aware and which they would consider on any review of the present practice. In the first memorandum that was presented to the Minister, it was noted by departmental officials that if a review of the existing practice were to be undertaken, a number of issues should be addressed. The writer of the memorandum stated:

subsidaire pour contester la décision en examen. Compte tenu de la décision à laquelle j'en suis venue au sujet de la renonciation au pouvoir décisionnel, je n'ai pas à rendre de décision concluante à cet égard. Par ailleurs, je me dois de souligner le fait que, dans de nombreux cas, il serait plus juste de considérer les facteurs qualifiés d'étrangers comme des éléments de preuve tendant à démontrer l'entrave à l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui s'est produite en l'espèce. Il en est ainsi en ce qui concerne la mention des réactions du gouvernement de la Colombie-Britannique, du gouvernement des États-Unis et des groupes écologistes, ainsi que l'allusion aux effets éventuels de la «porte ouverte». L'examen de ces facteurs «étrangers» ne portait pas sur le bien-fondé des demandes de la requérante. Il s'agissait plutôt de facteurs qui étaient examinés pour décider s'il fallait ou non continuer à s'en remettre à la procédure du comité consultatif. Ainsi que je l'ai déjà fait remarquer, c'est donc à juste titre qu'on peut les considérer comme des éléments de preuve de l'entrave à l'exercice du pouvoir discrétionnaire.

c) Discrimination

La requérante affirme qu'en délivrant automatiquement des licences d'exportation à ceux qui désirent exporter des billes provenant d'autres provinces, comme l'Alberta, et à ceux qui désirent exporter des billes provenant de terres indiennes, les autorités compétentes font preuve de discrimination dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire en matière de délivrance de licences. Ayant conclu qu'il y a eu entrave à l'exercice de ce pouvoir décisionnel ou renonciation à ce pouvoir, je n'ai pas à trancher cette question.

Je suis persuadée, en tout état de cause, qu'il s'agit là d'une préoccupation que les fonctionnaires du Ministère connaissent bien et dont ils tiendraient compte s'ils devaient revoir la procédure actuelle. Dans la première note de service qu'ils ont présentée au ministre, les fonctionnaires du Ministère ont en effet souligné que si l'on devait entreprendre la révision de la procédure actuelle, il faudrait aborder plusieurs questions. L'auteur de la note de service a déclaré:

34

35

Several questions arise: does the Federal Government still have supply concerns? If so, what supply test is applied nation-wide? Does the Federal Government have further processing interests? If so, why simply in B.C.? What are the economic policy implications of such controls? Do our present law and practices reflect our real reasons for controls? Are there environmental and trade law/trade relations perspectives that should be factored in?

(d) Opportunity to be Heard

- 36 With respect to the arguments that were made, I note only that an oral hearing is clearly not required. Nor is individual consideration by the Minister personally required. The Department receives hundreds of applications for permits each day. As counsel for the respondent states, knowledge by an applicant of the policies and practices that are applied by the Department to the applications and the opportunity to make written submission with respect to the particular application in question is sufficient notice of the "case" the applicant has to meet. What is troubling about the procedure applied in the applicant's case, however, is the use of the CIPA letter. The use of the letter by TEAC, and by the Minister, constituted reliance by them on evidence prejudicial to the applicant without notice having been given to the applicant that it existed. Further, the evidence was received from someone adverse in interest to the applicant (i.e., a prospective purchaser of the applicant's logs) without the applicant being given an opportunity to respond. The use of this evidence without notice and an opportunity to respond constitutes a breach of the principles of fairness.

Costs

- 37 The applicant seeks an award of costs if successful. The respondent, somewhat surprisingly, seeks costs in any event of the cause. Rule 1618 of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663 (as enacted by SOR/92-43, s. 19)] states: "No costs shall be pay-

[TRADUCTION] Plusieurs questions se posent: le gouvernement fédéral a-t-il toujours des inquiétudes en ce qui concerne l'approvisionnement? Dans l'affirmative, quel critère est appliqué sur l'ensemble du territoire canadien en matière d'approvisionnement? Le gouvernement fédéral a-t-il d'autres intérêts en ce qui concerne la transformation? Dans l'affirmative, pourquoi n'en possède-t-il qu'en Colombie-Britannique? Quelles sont les répercussions de ces contrôles sur le plan de la politique économique? Nos lois et nos pratiques actuelles reflètent-elles la véritable raison d'être des contrôles? Devrait-on tenir également compte de facteurs relatifs à l'écologie, au droit du commerce ou aux relations commerciales?

d) Occasion de se faire entendre

- En ce qui concerne les moyens qui ont été invoqués, je signale seulement que le ministre n'est pas obligé de tenir une audience. Il n'est pas non plus tenu d'examiner personnellement la demande. Le Ministère reçoit des centaines de demandes de licences chaque jour. Ainsi que l'avocat de l'intimé l'affirme, la connaissance par l'auteur de la demande des politiques et des pratiques qui sont suivies par le Ministère dans le cas des demandes et l'occasion de présenter des observations écrites au sujet de la demande en cause constituent un avis suffisant de la «preuve» que l'auteur de la demande doit faire. Ce qui est troublant cependant en ce qui concerne la procédure qui a été suivie dans le cas de la requérante, c'est le fait qu'on a utilisé la lettre de la CIPA. En se servant de cette lettre, le comité consultatif et le ministre se sont en réalité fiés à des éléments de preuve préjudiciables à la requérante sans que celle-ci soit informée de leur existence. Qui plus est, ces éléments de preuve provenaient d'une personne dont les intérêts étaient contraires à ceux de la requérante (en l'occurrence d'un acheteur éventuel des billes de la requérante) sans que la requérante ait l'occasion d'y répondre. L'utilisation de ces éléments de preuve sans que la requérante en soit avisée et sans qu'elle ait l'occasion d'y répondre constitue un manquement aux principes d'équité.
- 36

Dépens

- La requérante demande à la Cour de condamner l'intimé aux dépens si elle obtient gain de cause. Pour sa part, chose assez surprenante, l'intimé réclame les dépens quelle que soit l'issue de la cause. La Règle 1618 des *Règles de la Cour fédérale*
- 37

able in respect of an application for judicial review unless the Court, for special reasons, so orders.” There are no special reasons in this case for ordering costs.

Conclusion

38 For the reasons given, the decisions to which the letters of May 15, 1995, and May 31, 1995, relate will be quashed and the matter remitted back to the Minister for reconsideration in accordance with these reasons.

¹ Ss. 135 and 136 of the *Forest Act* provide:

135. Unless exempted under this Part, timber that is harvested from Crown land, from land granted by the Crown after March 12, 1906 or from land granted by the Crown on or before March 12, 1906 in a tree farm licence area, and wood residue produced from the timber, shall be

- (a) used in the Province; or
- (b) manufactured in the Province into
 - (i) lumber;
 - (ii) sawn wood products, other than lumber, manufactured to an extent required by the minister;
 - (iii) shingles, or fully manufactured shakes;
 - (iv) veneer, plywood or other wood-based panel products;
 - (v) pulp, newsprint or paper;
 - (vi) peeled poles and piles having top diameters less than 28 cm and fence posts;
 - (vii) Christmas trees; or
 - (viii) sticks and timbers having diameters less than 15 cm, ties and mining timbers.

136. (1) The Lieutenant Governor in Council may exempt from section 135

- (a) species of timber or kind of wood residue and may limit the volume of a species of timber or kind of wood residue to which the exemption applies for a period or for successive periods of time; and
- (b) a volume of timber, whether or not harvested, or a volume of a wood residue, on receiving an application in a form required by the minister.

[C.R.C., ch. 663 (éditée par DORS/92-43, art. 19)] déclare: «Il n’y aura pas de frais à l’occasion d’une demande de contrôle judiciaire, à moins que la Cour n’en ordonne autrement pour des raisons spéciales». Il n’existe pas en l’espèce de raison spéciale d’adjuger des dépens.

Dispositif

Par ces motifs, les décisions auxquelles se rapportent les lettres du 15 et du 31 mai 1995 seront annulées et l’affaire sera renvoyée au ministre pour qu’il les réexamine conformément aux présents motifs. 38

¹ Les art. 135 et 136 du *Forest Act* disposent:

[TRADUCTION] 135. Sauf dans les cas où il en est exempté en vertu de la présente partie, le bois — et les déchets en provenant — qui est récolté sur des terres domaniales, sur des terres concédées par la Couronne après le 12 mars 1906 ou sur des terres concédées par la Couronne au plus tard le 12 mars 1906 dans une zone de concession de ferme forestière est:

- a) soit utilisé dans la province;
- b) soit transformé dans la province:
 - (i) en bois d’œuvre;
 - (ii) en pièces de bois débitées autres que le bois d’œuvre, dans la mesure requise par le ministre;
 - (iii) en bardeaux ou en bardeaux de fente entièrement menuisés;
 - (iv) en panneaux dérivés du bois et notamment en bois de placage et en contreplaqué;
 - (v) en pâte pour la fabrication de divers papiers et de papier journal;
 - (vi) en perches et en pieux écorcés d’un diamètre au fin bout inférieur à 28 cm et en piquets de clôture;
 - (vii) en arbres de Noël;
 - (viii) en pièces de bois d’un diamètre de moins de 15 cm, en traverses et en bois de mine.

136. (1) Le lieutenant-gouverneur en conseil peut soustraire à l’application de l’article 135:

- a) toute espèce de bois et tout type de déchets de bois et limiter la quantité d’une espèce de bois ou de type de déchets de bois à laquelle l’exemption s’applique pour une période déterminée ou pour des périodes successives;
- b) toute quantité d’arbres sur pied ou abattus et toute quantité de déchets de bois, sur réception d’une demande présentée selon la formule prescrite par le ministre.

(2) On receiving an application in the form required by him, the minister may exempt from section 135 a volume of timber that has been harvested, not exceeding 15 000 m³ for each application.

(3) An exemption shall not be given under this section unless the Lieutenant Governor in Council or the minister, as the case may be, is satisfied that

- (a) the timber or wood residue will be surplus to requirements of timber processing facilities in the Province;
- (b) the timber or wood residue cannot be processed economically in the vicinity of the land from which it is cut or produced, and cannot be transported economically to a processing facility located elsewhere in the Province; or
- (c) the exemption would prevent the waste of or improve the utilization of timber cut from Crown land.

² R.S.C., 1985, c. E-19, s. 7:

7. (1) Subject to subsection (2), the Minister may issue to any resident of Canada applying therefor a permit to export goods included in an Export Control List or goods to a country included in an Area Control List, in such quantity and of such quality, by such persons, to such places or persons and subject to such other terms and conditions as are described in the permit or in the regulations.

(1.1) Notwithstanding subsection (1), the Minister may, by order, issue generally to all residents of Canada a general permit to export to any country specified in the permit any goods included on the Export Control List that are specified in the permit, subject to such terms and conditions as are described in the permit.

³ R.S.C., 1985, c. E-19, s. 3, as am. by R.S.C., 1985 (3rd Suppl.), c. 12, s. 26.

⁴ 3. The Governor in Council may establish a list of goods, to be called an Export Control List, including therein any article the export of which the Governor in Council deems it necessary to control for any of the following purposes:

...

(b) to ensure that any action taken to promote the further processing in Canada of a natural resource that is produced in Canada is not rendered ineffective by reason of the unrestricted exportation of the natural resource;

(c) to limit or keep under surveillance the export of any raw or processed material that is produced in Canada in circumstances of surplus supply and depressed prices and that is not a produce of agriculture;

(2) Sur réception d'une demande présentée selon la formule qu'il prescrit, le ministre peut soustraire à l'application de l'article 135, toute quantité d'arbres abattus, jusqu'à concurrence de 15 000 m³ par demande.

(3) Une exemption ne peut être accordée en vertu du présent article que si le lieutenant-gouverneur en conseil ou le ministre, selon le cas, est convaincu:

- a) que le bois ou les déchets en provenant dépasseront les besoins des installations de transformation du bois de la province;
- b) que le bois ou les déchets en provenant ne peuvent être transformés économiquement dans les environs du terrain où ils ont été abattus ou produits et qu'ils ne peuvent être transportés économiquement vers des installations de transformation situées ailleurs dans la province;
- c) que l'exemption empêcherait le gaspillage des arbres abattus sur des terres domaniales ou en améliorerait l'utilisation.

² L.R.C. (1985), ch. E-19, art. 7:

7. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le ministre peut délivrer à tout résident du Canada qui en fait la demande une licence autorisant, sous réserve des conditions prévues dans la licence ou les règlements, notamment quant à la quantité, à la qualité, aux personnes et aux endroits visés, l'exportation des marchandises inscrites sur la liste des marchandises d'exportation contrôlée ou destinées à un pays inscrit sur la liste des pays visés.

(1.1) Malgré le paragraphe (1), le ministre peut, par arrêté, délivrer aux résidents du Canada une licence de portée générale autorisant, sous réserve des conditions qui y sont prévues, l'exportation—vers les pays mentionnés dans celle-ci—des marchandises inscrites sur la liste des marchandises d'exportation contrôlée qui sont mentionnées dans la licence.

³ L.R.C. (1985), ch. E-19, art. 3, mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 12, art. 26.

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

...

b) s'assurer que les mesures prises pour favoriser la transformation au Canada d'une ressource naturelle d'origine canadienne ne deviennent pas inopérantes du fait de son exportation incontrôlée;

c) limiter, en période de surproduction et de chute des cours, les exportations de matières premières ou transformées d'origine canadienne, sauf les produits agricoles, ou en conserver le contrôle;

(c.1) to restrict, for the purpose of supporting the enforcement of the *Softwood Lumber Products Export Charge Act*, the export of softwood lumber products set out in Part II of the schedule to that Act;

(d) the implement an intergovernmental arrangement or commitment; or

(e) to ensure that there is an adequate supply and distribution of the article in Canada for defence or other needs.

⁵ R.S.C. 1927, c. 206, s. 3.

⁶ S.C. 1974, c. 9, s. 1.

⁷ R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 12, s. 26.

⁸ Affidavit of D. E. Hobson, dated October 5, 1995, paras. 8 and 13. See also respondent's supplementary argument (misnamed—should be titled respondent's supplementary application record), Tab 6, at p. 5.

⁹ Respondent's supplementary argument (misnamed, *supra*, note 8), Tab 6, at p. 4.

c.1) restreindre, en vue de faciliter l'exécution de la *Loi sur le droit à l'exportation de produits du bois d'œuvre*, l'exportation des produits de bois d'œuvre figurant à la partie II de l'annexe de cette loi;

d) mettre en œuvre un accord ou un engagement intergouvernemental;

e) s'assurer d'un approvisionnement et d'une distribution de cet article en quantité suffisante pour répondre aux besoins canadiens, notamment en matière de défense.

⁵ S.R.C. 1927, ch. 206, art. 3.

⁶ S.C. 1974, ch. 9, art. 1.

⁷ L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 12, art. 26.

⁸ Affidavit souscrit par D. E. Hobson, le 5 octobre 1995, par. 8 et 13. Voir également le mémoire complémentaire de l'intimé (nommé à tort ainsi; il aurait dû s'intituler dossier complémentaire de demande de l'intimé), à l'onglet 6 de la p. 5.

⁹ Mémoire complémentaire de l'intimé (nommé à tort ainsi, précité, note 8), onglet 6, à la p. 4.

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.

ARMED FORCES

Human rights—*Bona fide* occupational requirements (BFOR)—Application for judicial review of CHRT decision uncorrected visual acuity standard applied to applicants to Regular Officer Training Program of CAF proposing to enroll in university physiotherapy program under sponsorship of CAF not constituting BFOR under CHRA, s. 15(a)—Application allowed—In light of *Canada (Human Rights Commission) v. Canada (Armed Forces)*, [1994] 3 F.C. 188 (C.A.), wherein CAF's uncorrected visual acuity standard found BFOR when applied to individual applying for direct entry into position as musician with CAF, and *Canada (Attorney General) v. Robinson*, [1994] 3 F.C. 228 (C.A.), uncorrected visual acuity standard used by CAF BFOR—National Defence Act providing member of regular force "soldier first" and liable for combat duty—Visual acuity standard representing BFOR against test of "sufficient risk" to respondent herself, her fellow members of CAF and public at large—Matter referred back for rehearing and redetermination in manner consistent with reasons herein—Subsidiary matters: Tribunal committed no breach of duty of fairness and no breach of natural justice in relying upon decision of another Tribunal rendered after CAF case herein closed without giving notice to parties it intended to do so and without providing opportunity to make supplementary representations or adduce supplementary evidence in response to other Tribunal decision as applicant, party to proceedings before other Tribunal, could have made representations thereon but failed to do so—Were decisions of Tribunal to stand, no basis to interfere with order on ground providing respondent with another opportunity for employment in CAF onerous on CAF—In CHRA, s. 53, compensation limit \$5,000 including interest—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 15 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.)), c. 32, s. 41), 53—National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. HEBERT (T-2273-93, Gibson J., order dated 12/11/96, 13 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

EXCLUSION AND REMOVAL

Inadmissible Persons

Application for judicial review of decision applicant danger to public of Canada—Applicant, citizen of Jamaica, landed in Canada in 1987—Three criminal convictions—Removal order issued after second conviction—Danger opinion issued—Removal order stayed—Application allowed—Analysis in advice to respondent too flawed to support "danger" decision and no basis on which to conclude adequate analysis and weighing of evidence conducted by respondent—Respondent relied upon flawed analysis and advice without providing analysis and advice to applicant and affording him opportunity to respond and failed to provide reasons that might satisfy applicant or reviewing court adequate analysis and weighing of evidence conducted—On facts, fundamental justice, natural justice and fairness required respondent give reasons for decision applicant constituting present and future danger to public.

HINDS V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3549-95, Gibson J., order dated 27/11/96, 11 pp.)

Judicial review of Adjudicator's decision applicant member of inadmissible class i.e. person reasonably believed to have committed crime against humanity—Applicant forcibly recruited into Honduran army—Repeated requests for permission to legally leave military refused—Believed would be killed if deserted—Acting under orders, participated in several kidnappings—Initially unaware victims would "disappear"—Present on four occasions when torture took place, but denying torturing, killing anyone—Discharged in 1984—Left Honduras in 1986 after attempt to kill him—Witnesses testifying applicant bringing forth evidence of human rights abuses in Honduras, testified against Honduran government at hearing at Inter-American Court—Application dismissed—(1) Persecution must be

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

directed to identifiable group or race to constitute crime against humanity: *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701—Adjudicator finding any person or persons suspected by applicant's superiors of being subversive or who were perceived as threat to established authorities constituted "identifiable group"—Interpretation too narrow if "identifiable group" only applying to identifiable races or groups united by inalienable characteristic—As race inalienable characteristic, reference to identifiable group must refer to other characteristics—Otherwise one could never commit crime against humanity against group of persons racially or ethnically diverse, but united by political opinion or membership in particular social group since latter not inalienable characteristics—Adjudicator entitled to find existence of identifiable group subject to persecution—(2) Adjudicator holding defence of obedience to superior orders available unless act so outrageous as to be manifestly unlawful—Adjudicator holding threat to applicant not imminent and immediate throughout entire period and applicant could have avoided participating in crimes by leaving military and country—Also holding while applicant would have been punished if caught leaving military, likelihood of this happening slim—Adjudicator's assessment of risk to applicant accords with Supreme Court's explanation that there must be such air of compulsion and threat to accused that accused had no alternative but to obey orders—While assessment of moral choice not as clear as might ideally be, evident Adjudicator turned mind to issue of superior orders, determined applicant could have disobeyed—Decision maker not required to employ precise language of Supreme Court—(3) Whether person in "imminent harm" question of fact, based on circumstances surrounding particular case—Adjudicator required to determine question on evidence adduced—Entitled to conclude as did—Having regard to evidence in arriving at conclusion—Citing evidence of applicant's witnesses, Adjudicator holding had little bearing on issues—Not ignoring evidence.

CABALLERO V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-272-96, Heald D.J., order dated 13/11/96, 13 pp.)

IMMIGRATION PRACTICE

Costs—Further to application for judicial review of visa officer's decision, respondent consented to order setting aside decision and referring matter back for redetermination by different visa officer on basis definition of "adoption" in Immigration Regulations, 1978, s. 2(1) to be applied—Request for costs arising as, although decision actually made nine months after interview on January 20, 1993, not released to applicant until April 15, 1996—800-case backlog and complexity of matter given as reasons for 2 1/2 year delay—Special circumstances warranting costs order in

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

applicant's favour: (1) delay caused by fact officer did not address file between October 1993 and September 1995; (2) use of form letter as matter of policy, without regard for truth or accuracy in circumstances of case; (3) fact officer never responded to correspondence from applicant's counsel (ten letters seeking status of application)—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 2(1) (as am. by SOR/92-101; 93-44).

SINGH V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1479-96, Simpson J., order dated 18/10/96, 6 pp.)

Application to stay within proceedings, application for leave and judicial review and deportation order until applicant provided with state-funded counsel—Applicant had sought Convention refugee status on basis had deserted Guatemalan army and faced risk of persecution and death should he be returned to Guatemala, country of origin—Convention refugee status never determined but given landed immigrant status—Convicted of number of offences, including aggravated assault and assault with weapon, for which sentenced to 8 months and 5 months, to be served consecutively—During proceedings to have applicant declared danger to public, latter had difficulty obtaining legal advice and responding within time prescribed—Declared danger to public and ordered deported—Application for stay granted—Serious issue to be tried: deportation may result in cruel and unusual punishment—Applicant could suffer irreparable harm if deported to Guatemala—Balance of convenience, given risk of persecution, weighing heavily in favour of applicant—Given fact deportation order understandably catalyst to action, applicant can be excused for moving "prematurely" to get stay—Stay granted until application for leave heard and, if granted, until judicial review heard and finally determined—Court without jurisdiction to appoint state-funded legal counsel to applicant.

JIMENEZ-BEZA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2788-96, Cullen J., order dated 4/12/96, 5 pp.)

JUDICIAL REVIEW

Application to set aside Immigration manager's decision directing immigration inquiry be held regarding applicant, resulting in subsequent removal proceedings against her—Applied for visa pursuant to Foreign Domestic Workers Program, making misrepresentations concerning age, marital status, children—Admitted in Canada and subsequently lived and worked here as domestic worker—Made aware of policy of not instituting removal proceedings against those who were admitted under Program, applicant advised Immigra-

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

tion manager had made misrepresentations—Interviewed—Applicant advised if obtained divorce from husband, would be landed—Inquiry commenced shortly after applicant's counsel contacted Immigration authorities on her behalf—Applicant taking issue with propriety of proceedings—Application allowed—Respondent had in place policy whereby individuals in similar situation to applicant would not be removed—Incumbent on Minister to apply policy to all concerned in even-handed and consistent manner—Applicant making every possible effort to comply with requirements of policy by obtaining necessary divorce from spouse—Evidence indicating element of bad faith on Immigration manager's part and decision to order inquiry made because applicant retained counsel to assist her—Breach of duty of fairness owed to applicant—Decision to order inquiry set aside.

MITRA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3253-95, Rouleau J., order dated 19/11/96, 5 pp.)

STATUS IN CANADA*Citizens*

Appeal from denial of citizenship—Appellant citizen of Hong Kong—Wife, son reside in British Columbia—Spending 166 days in Canada and 1,281 days in Hong Kong in four-year period prior to citizenship application—Average stay in Canada two weeks every three to five months—Although residence governing criteria for grant of citizenship, physical presence important factor to be considered in determining residence—Length, pattern of individual's presence in, absence from Canada instructive in assessing whether maintaining or centralizing ordinary mode of living in Canada—Appellant out of Canada 89% of time during relevant period—No trend indicating growing proportion of time in Canada—Medical reports not indicating brothers in Hong Kong required care—While appellant may have obligation to parents, so do brothers—Evidence not indicating stronger relationship between appellant, parents than between brothers, parents—No indication appellant selling, winding down, moving Hong Kong electronics business—Presumption married couple resides where maintaining ordinary mode of living rebutted by one spouse's absence for lengthy periods and presence for brief periods—Evidence appellant never spending Christmas with wife, child in Canada, son not knowing father well enough to ask him to stay one extra day in Canada to attend school family picnic, rebutting presumption—Appellant not reporting world wide income in Canada for tax purposes—In some circumstances, indicia of centralized mode of living props acquired to make it appear applicant qualifies for citizenship, when does not—Appellant's connection with Hong Kong more substan-

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

tial than connection with Canada—Return to Hong Kong within 3 weeks of grant of permanent resident status in Canada, absence from Canada 89% of relevant time with no pattern of change and no legally acceptable explanation leading to conclusion appellant not satisfying residence requirement of Citizenship Act—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5(1)(c).

LEE (RE) (T-2688-95, Rothstein J., judgment dated 4/12/96, 6 pp.)

Appeals from denial of citizenship for failure to fulfil residence requirements—Appellants, two daughters, admitted to Canada on March 29, 1991—Owning home in Canada since arrival—During frequent trips to Hong Kong appellant husband staying at parents' flat—Trips primarily business related, although extended to provide support for ill, elderly parents—Appellant wife accompanying husband on all trips except last two, making her physically present in Canada for 214 days—Investing \$250,000 in unsuccessful business in Canada—Not severing all business ties with Hong Kong, China—Appellant obtaining SIN, OHIP, driver's licence, automobiles—Establishing, maintaining bank accounts, investments in Canada—Daughters attending local schools, although spending much of time in school in Hong Kong—Incorporating Canadian company, filing Canadian income tax returns—Absent from Canada for 1,068 days during four years immediately preceding application—Physically present for only 110 days—Citing pattern of absences, citizenship judge concluding husband not centralizing mode of living in Canada; not maintaining sufficient ties with Canada during absences to have absences count as periods of residence—Appeal allowed—Review of case law respecting residency—Possible to establish "constructive residence"—*Re Koo*, [1993] 1 F.C. 286 (T.D.) applied—Pattern of physical presence can be equally indicative of good business decision; not necessarily working against appellant in establishing residency—*Canada (Secretary of State) v. Yu* (1995), 31 Imm. L.R. (2d) 248 (F.C.T.D.), wherein appeal from grant of citizenship to applicant spending only 156 days in Canada allowed, distinguished as appellant herein owning residence, business in Canada—As business concerns in Hong Kong, China of on-going nature, not satisfying test requiring absences to be caused by temporary situation—But arguable one can still maintain business interests in foreign country and concurrently maintain constructive residency in Canada, especially considering Canadian business continuing to operate in conjunction with Hong Kong business—\$250,000 investment in Canada under immigrant investors programme indicating deep commitment to Canada—Appellant now having many friends in Toronto, Richmond; business contacts from product sales—Appellants meeting requirement of constructive residence.

NG (RE) (T-2689-95, T-2690-95, Cullen J., judgment dated 16/10/96, 13 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

Convention Refugees

Application for judicial review of CRDD determination applicants, citizens of Afghanistan, not Convention refugees—First issue whether one of five applicants, nine-year-old girl, entitled to refugee status on same basis as mother, who was granted refugee status as part of group of educated women—If girl returned to Afghanistan, only way she could avoid being persecuted to refuse to go to school—However, education basic human right and Board directed to find she should be found to be Convention refugee—Board correctly rejected other female applicant, 75-year-old female, on basis not educated and would not be persecuted as educated woman—Second issue whether Board properly applied case of *Salibian v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 250 (C.A.) with respect to differentiated risk or whether applicants as members of Sunni Tajiks group, had well-founded fear of persecution based on one of reasons stated in definition of Convention refugee—Board found all groups in Afghanistan both victims and perpetrators of human rights violations and that Sunni Tajiks not facing more or different difficulties than other groups in Afghanistan—Board's finding made within confines of third test, as set out by Décaré J.A. in *Salibian*: situation of civil war not obstacle to claim provided fear not that indiscriminately felt by all citizens as result of civil war but that felt by applicant or group or even by all citizens on account of risk of persecution based on one of reasons stated in definition—Open to Board to find Sunni Tajiks not collectively targeted and that applicants could not succeed based on membership in group—Application allowed with respect to girl, dismissed with respect to other applicants—Question certified: Are refugee claimants excluded from the definition of Convention refugee if all groups in their country, including the group of which they are members, are both victims and perpetrators of human rights violations in the context of civil war?

ALI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3404-95, McKeown J., order dated 23/9/96, 5 pp.)

Permanent Residents

Application for judicial review of Appeal Division (Tribunal) decision holding applicant's adopted daughter not member of family class within meaning of Immigration Regulations, 1978 and dismissing appeal from refusal to approve application for landing made by applicant's adopted daughter for lack of jurisdiction—Application dismissed—Application for landing originally refused on basis adopted daughter had not demonstrated existence of genuine relationship of parent and child between her and sponsor (applicant), that ties with natural family not replaced by those of

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Concluded

sponsor, or that alleged adoption entered into for any other reason than for residing in Canada—Tribunal found no intention to transfer child from birth family to adoption family and dismissed appeal—March 1994 amendments to Regulations, s. 6(1)(e) applicable pursuant to Regulations, s. 6(1.01): although refusal decided following interview in February 1994, refusal not notified until June 1994—Decision taken to have been made when notice of decision given to affected parties: *Dass v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1996] 2 F.C. 410 (C.A.)—Former definition of “adopted” also required assessment of factual circumstances surrounding adoption—Accordingly, irrespective of which definition of “adopted” applied herein, Tribunal correct in examining authenticity of adoption and finding evidence not indicative of genuine parent/child relationship: *Singh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 37 (C.A.)—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, ss. 2 (as am. by SOR/92-101; 93-44), 6(1)(e) (as am. by SOR/94-242), (1.01) (as enacted *idem*).

DHALIWAL V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1127-96, Rouleau J., order dated 19/11/96, 9 pp.)

Application for judicial review of visa officer's decision refusing application for permanent residence in Canada—Application dismissed—Applicant, citizen of Hong Kong, applied for permanent residence as “entrepreneur”, intending to open trading and travel business in Vancouver—At interview, applicant vague about proposed businesses and their viability—Officer did not wrongly import requirement to present researched business plan into definition of entrepreneur—Correctly and appropriately inquired whether applicant could establish commercial venture which would employ people and contribute significantly to Canadian economy—Officer did not ignore all applicant's work experience when assessing him as entrepreneur—Officer did not err in failing to assess applicant under Part B of definition of entrepreneur, as no need to assess applicant's ability to manage business under Part B if applicant has failed to satisfy officer business can be established under Part A of definition—Officer did not breach duty of fairness by not advising applicant of discovery Vancouver home to approximately 200 travel agencies—Point was: applicant did not know whether any agencies specialized in travel to Vietnam and had no idea of competition and how he might meet it effectively—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 2 (as am. by SOR/92-101; 93-44).

CHIU V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1260-96, Simpson J., order dated 13/11/96, 7 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE

EXCISE TAX ACT

Appeals from decision of Canadian International Trade Tribunal (CITT) allowing appeal from notices of determination of MNR—CITT held “imaged articles at issue” to be used in advertising exempt from federal sales tax under Excise Tax Act, s. 29(1) and Schedule III, Part XIII, s. 4—Material time April 1984 to May 1985 and May 1986 to April 1988—Issue correct interpretation of s. 4: whether imaged articles at issue “made or imported by or sold to a manufacturer or producer for use exclusively in the manufacture or production of printed matter”—Suppliers engaged by defendant, advertising agency, manufactured imaged articles using designs, art work or film, and instructions, provided to them by defendant—Imaged articles sold by various suppliers to defendant on federal sales tax exempt basis pursuant to certificates of exemption provided by defendant to them—Defendant turned over imaged articles without charge to printers who used them to manufacture both printed matter subject to federal sales tax (taxable printed matter) and printed matter exempt of federal sales tax—Appeal confined to imaged articles used to manufacture only taxable printed matter—Taxable printed matter manufactured by printers from imaged articles at issue then sold to defendant by printers, who remitted federal sales tax on sale price to defendant of taxable printed matter so sold—Sale price of printed matter did not include amount on account of cost component of imaged articles at issue—Defendant then resold taxable printed matter to its clients and remitted no federal sales tax in respect of sale—Imaged articles at issue also sold by defendant to clients—Upon sale of imaged articles at issue to clients, defendant remitted amount identified as federal sales tax, calculated on amount charged to clients for imaged articles at issue—Portion of amount remitted by defendant as federal sales tax attributable to difference between amount defendant invoiced its clients for said articles at issue and cost to defendant of imaged articles at issue subsequently subject of refund claims by defendant to MNR and refunded to defendant—Defendant now seeking refund of remaining portion of federal sales tax remitted in respect of imaged articles at issue, calculated on cost of imaged articles to defendant, apparently on basis imaged articles used exclusively in manufacture of taxable printed matter tax exempt without further qualification—Appeal dismissed—Part of refund claims barred—Provision for current version of s. 4 always discrete section of Schedule and always worded differently from provision for production equipment—Plain meaning of s. 4 as stated by defendant whereas effect of submissions of plaintiff that Court should engage in legislative amendments by addition of words “by him” following words “for use” in s. 4—Meaning of s. 4 cannot be determined in isolation: Lord Herschell in *Colquhoun v. Brooks* (1889), 14 A.C. 493 (H.L.), at p. 506—Absence of restrictive words such as “by him” or “for his own use” in s. 4 demonstrating in unequivocal manner Parliament intended s. 4 to have broad interpre-

CUSTOMS AND EXCISE—Concluded

tation—That courts not permitted to read words into legislation basic principle of statutory interpretation—In Schedule III, words “by him” or “for his own use”, found in other sections, not found in s. 4—No disharmony with remainder of Act or with object and spirit thereof—S. 4 clear and requiring no further interpretation—As federal sales tax single incidence tax payable at time of first sale, or at time of importation, of taxable goods, subsequent resale by defendant to customers irrelevant—“Use” in context of Schedule III physical use—Therefore, imaged articles at issue “made by . . . or sold to manufacturer . . . for use exclusively in the manufacture . . . of printed matter”—Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, s. 51(1), Schedule III, Part XIII, s. 4.

CANADA v. TOM BAIRD & ASSOCIATES LTD.
(T-2869-92, McKeown J., judgment dated 8/10/96,
14 pp.)

EXTRADITION

Application for order quashing extradition order to United States of America and for discharge from Parthenais institution under Charter, s. 24(1)—Applicant wanted in Florida on five major charges, including murder in first degree—In *habeas corpus* proceedings, Canadian judges determined fugitive person sought by requesting state, offence extradition crime and sufficient evidence to warrant committal—Two distinct phases in extradition process: first, judicial phase where extradition judge determines whether or not factual and legal basis for warrant of committal; second phase political, wherein Minister must weigh representations of fugitive against Canada’s international treaty (Treaty on Extradition between Canada and United States of America) obligations—Question whether grounds raised by application for judicial review of Minister’s decision constitute “cases of real substance”—Application dismissed—Extradition judge did not comply with statutory requirements to forthwith send report together with certified copies of evidence and foreign warrant information or complaint to Minister of Justice and to transmit to Minister certificate of committal, with copy of all evidence—However, nothing in Act failure to transmit documents ground for quashing order or surrender—Failure to send report on case not case of real substance sufficient to vitiate Minister’s decision as Minister had most relevant documents—No basis to argument agent of Attorney General of Canada not duly retained by Government of United States as long standing practice such agents represent requesting state in extradition proceedings—No basis to argument agent of requesting state acted in biased manner by not presenting all evidence as no obligation on requesting state to do so—Required to produce sufficient evidence to mount *prima facie* case—Allegation affiant may have perjured himself irrelevant in so far as Minister concerned; matter relevant in context of eventual trial—Allegation offence (felony murder) with which applicant charged in U.S. no longer crime in

EXTRADITION—Concluded

Canada without basis—Treaty, Art. 2 not dealing with name of alleged offence but with conduct of fugitive—Also, existence of double criminality matter to be decided by extradition judge, not by Minister—As to issue of whether warrant of committal defective, Minister without authority to review warrant issued by extradition judge and Federal Court without jurisdiction to review decision of Quebec Superior Court—Allegation of improper identification groundless—Contrary to applicant's allegation, not Minister's responsibility to protect applicant at every stage of extradition proceedings—Applicant well represented before Canadian tribunals and rights of appeal duly exercised—Whether or not second, superseding, indictment had legal effect or rendering first *capias* null and void, matter for authorities of requesting state to decide and not for Minister of Justice—Considering above, fact Minister failed to consider applicant's counsel's letter wherein validity of superseding indictment questioned not case of real substance—No provisions in Treaty, Art. 9 requiring documents related to request for extradition must be made through diplomatic channel—Not responsibility of Minister of Justice to monitor conduct American prosecutor for state of Florida or agent, official of Canadian Department of Justice—Whether or not description of fugitive in U.S. request correct, extradition judge identified applicant as fugitive sought by Americans and for extradition purposes, judge's decision stands—Surrender not refused on ground of possible imposition of death penalty upon conviction as Florida has assured death penalty would not be sought against DesFossés—Surrender of person by way of extradition not violation of his Charter, s. 7 rights, provided extradition carried out in accordance with principles of fundamental justice—If it is true that case presented by U.S. authorities loaded with inconsistencies contradictions, and even perjury, applicant will eventually have opportunity to prove it in proper forum—Meanwhile, requesting state has advanced sufficient evidence to establish *prima facie* case for extradition and no case of real substance has been made to quash Minister's decision—Treaty on Extradition between the Government of Canada and the Government of the United States of America, December 3, 1971, [1976] Can. T.S. No. 3—Extradition Act, R.S.C., 1985, c. E-23—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act 1982, Schedule B, Canada Act, 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 24.

DESFOSSÉS v. CANADA (MINISTER OF JUSTICE)
(T-1945-95, Dubé J., order dated 16/10/96, 21 pp.)

FEDERAL COURT JURISDICTION**APPEAL DIVISION**

Application to transfer to Trial Division application for judicial review of decision of Chairperson of Public Service

FEDERAL COURT JURISDICTION—Continued

Staff Relations Board (PSSRB) under Public Service Staff Relations Act (PSSRA), s. 66—Federal Court Act, s. 28(1)(i) giving Federal Court of Appeal jurisdiction for judicial review in respect of PSSRB—Application allowed—Board, Chairperson distinct entities—Cannot presume Chairperson acting as Board in performing function under s. 66—PSSRA, s. 2 separately defining "Board", "Chairperson"—No general provision Chairperson alone can exercise functions of Board—Nothing indicating Board constituting Chairperson to act as division (i.e. on behalf of Board for purpose of s. 66—Ss. 64 to 66 clear no assignment of power given to Board to make decision (if any) involved in s. 66(1)—Parliament clearly distinguishing between functions pertaining to Board, Chairperson—No Board functions capable of delegation to Chairperson, whose decision would be reviewable as Board decision—*Doyon v. Public Service Staff Relations Board*, [1979] 2 F.C. 190 (C.A.) applied—Chairperson's decision herein neither decision of PSSRB, nor reviewable in Court of Appeal—Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, ss. 64, 65, 66 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 54)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28(1)(i) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8).

CANADA (NATIONAL CAPITAL COMMISSION) v. PUBLIC SERVICE ALLIANCE OF CANADA (A-717-96, Strayer J.A., order dated 28/11/96, 4 pp.)

TRIAL DIVISION

Application for judicial review of decision of arbitrator applicant not lessee of farm land and not entitled to share in transition payment under Western Grain Transition Payments Act (WGTPA)—Preliminary jurisdictional question—Whether arbitrator federal board, commission or other tribunal as defined in Federal Court Act, s. 2 and whether Federal Court without jurisdiction to decide application—Regulations enacted under WGTPA providing for arbitration, arbitrator authorized to make binding decision setting out terms of equitable apportionment of transitional payment between owner and lessee—Issue whether, in deciding applicant not lessee within meaning of Regulations, arbitrator acting as federal board, commission or other tribunal—Application of *ITO-International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752: must be statutory grant of jurisdiction by federal Parliament, must be existing body of federal law essential to disposition of case and which nourishes statutory grant of jurisdiction, and law on which case based must be law of Canada—When arbitrator decided applicant not lessee, not acting as federal board and not exercising jurisdiction conferred under Act of Parliament—Fundamental threshold question or condition precedent to exercise of arbitrator's jurisdiction under Act—Regulations conferring jurisdiction to set terms of equitable arrangement but not to decide whether applicant

FEDERAL COURT JURISDICTION—Concluded

lessee—Jurisdiction cannot be conferred on Federal Court by consent—Federal Court therefore without jurisdiction to consider judicial review application—Application dismissed—Western Grain Transition Payments Act, S.C. 1995, c. 17, Sch. II—Western Grain Transition Payments Regulations, SOR/95-314—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5).

PFRIMMER V. CANADA (ARBITRATOR UNDER WESTERN GRAIN TRANSITION PAYMENTS ACT) (T-1049-96, Rothstein J., order dated 12/11/96, 7 pp.)

FISHERIES

Motion to quash Minister of Fisheries and Oceans decision subjecting applicant's snow crab fishing licence to quota reduction—Applicant fisherman holding licence for 1994 authorizing him to fish for snow crab—Violation report prepared on July 12, 1994 charging him with violating Fishery (General) Regulations, s. 34(2) and Atlantic Fishery Regulations, s. 56(1) by dumping commercial-sized fish into sea and using untagged crab traps—Under Fisheries Act, ss. 7, 9, Director General, Quebec Region, of Department of Fisheries and Oceans reducing applicant's snow crab quota by 10,000 pounds for 1995—In *Matthews v. Canada (Attorney General)*, [1997] 1 F.C. 206 (T.D.), it was held none of conditions in Fishery Regulations, s. 22 include imposition of sanctions for violating conditions of licence—Attempt by Minister to punish fisherman by subjecting renewal of licence to compliance with specific conditions contrary to spirit of Act, s. 7—Parliament provided for range of penalties that can be imposed by court of law offering all procedural safeguards of judicial process—Minister exceeded jurisdiction by using his discretion for purpose other than that intended by Parliament—His decision unreasonable—To determine whether administrative decision reasonable, necessary to consider bases on which made and origins thereof—Department's policy provides for certain standards to be met by officer in preparing violation package—No indication these standards met in case at bar—As no indication of bases on which sanction imposed, appears entirely arbitrary, patently unreasonable—Motion allowed—Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14, ss. 7, 9—Fishery (General) Regulations, SOR/93-53, ss. 22, 34(2)—Atlantic Fishery Regulations, 1985, SOR/86-21, s. 56(1).

THIBEAULT V. CANADA (MINISTER OF FISHERIES AND OCEANS) (T-341-95, Tremblay-Lamer J., order dated 18/10/96, 14 pp.)

INCOME TAX**INCOME CALCULATION**

Appeal from T.C.C. decision allowing appeal from confirmation of reassessment of income tax payable for

INCOME TAX—Continued

1985—Directing \$400,000 in nature of “lease inducement payment” be deleted from defendant's income—Defendant receiving \$400,000 cash incentive as inducement to enter lease of premises for head office purposes—Defendant entitled to do with inducement as it in its sole discretion determined—Appeal allowed—*Ikea Ltd. v. The Queen* (1993), 94 DTC 1112 (T.C.C.) applied—Head office activities and premises where those activities carried on equally integral to business operations of limited company as are wholesale and retail premises—Lease inducement payment income to be included in income in year of receipt—Cases finding in favour of taxpayers, where terms of lease agreements tying lease inducement payments directly to leasehold improvements to be made by tenants, distinguished—Plaintiff not bound by terms of income tax bulletins—That Income Tax Act modified shortly after transaction herein to bring such inducement payments into income not indicating that at relevant time inducement payment not income receipt.

CANADA V. TCG INTERNATIONAL INC. (T-152-94, Gibson J., judgment dated 22/10/96, 8 pp.)

Deductions

Appeal from T.C.C. decision dismissing plaintiff's appeal from notice of reassessment issued for 1983 taxation year—Plaintiff group insurance company—Since January 1, 1976, plaintiff and Assurance-vie Desjardins co-insurers under master group insurance contract in respective proportions of 75%, 25%—Purpose of return credit formula to return surpluses, profits realized during insurance period to policyholders—Remainder surplus required, under Schedule 1 to master contract, clause 3.1, to be deposited in stabilization fund—For its 1983 fiscal year, plaintiff establishing refund of \$820,907, to be returned to policyholder's, as expenditure—MNR disallowing deduction—Issue concerning construction of Income Tax Act, s. 140(c)—Whether refund credited to policyholder's account in 1983 or within 12 months thereafter—Expression “crediting to” or “crediting” refers to operation by which someone puts sum of money at disposal of someone else—One cannot conclude from mere fact \$820,907 appears in plaintiff's liabilities and bears interest that sum in fact at disposal of policyholder in 1983—Policyholder, for its insured, had no control over sum in 1983 or during 12 months thereafter—Sum in question merely “illustration of experience”—Approximate amount for 1983 cumulative with that of subsequent years, so exact amount of refund could not be definitively known until end of insurance period—Fact sum included in liabilities as “provision for refund” not *per se* sufficient positive act to warrant finding sum in fact credited to policyholder's account—Appeal dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 140(c).

MUTUELLE DES FONCTIONNAIRES DU QUÉBEC V. CANADA (T-2188-88, Tremblay-Lamer J., judgment dated 28/11/96, 9 pp.)

INCOME TAX—Concluded*Farming*

Appeal from Tax Court decision confirming reassessment for 1982 to 1985 disallowing farm loss deductions—Even though Tax Court Judge found favourably for plaintiff on many important factors, placed extraordinary weight on comparison of dollar value of incomes between teaching and farming efforts—Appeal allowed—Case of *Wilson, J.B. v. The Queen* (1994), 94 DTC 6645 (F.C.T.D.) distinguished on facts—Tax Court Judge erred in not considering weight of whole of favourable findings made—Based on Judge's findings of fact, during tax years under consideration, center of plaintiff's psychological, physical and professional activity farming, not teaching—Teaching only essential support for plaintiff's successful farming efforts—For tax purposes, plaintiff farmer, not teacher.

PHILLIPS V. CANADA (T-3122-92, Campbell J., order dated 29/10/96, 11 pp.)

REASSESSMENT

Appeal from trial judgment holding Minister having right to reassess more than four years after original assessment—Taxpayer's accountant reporting total taxable capital gains based on misplaced decimal as shown in attached working papers—Reassessment issued without challenging amount of capital gain—After expiry of four years following assessment, Minister issuing reassessment, correcting error—Income Tax Act, s. 152(4)(a) requiring Minister to demonstrate taxpayer making "misrepresentation . . . attributable to neglect, carelessness or wilful default"—Trial Judge holding misrepresentation for which taxpayer responsible—Appeal dismissed—Letter from Revenue Canada dated two months prior to expiry of four-year limitation period indicating Minister's knowledge of true facts—Whether misrepresentation through neglect or carelessness in completion of return determinable at time return filed—Misrepresentation if return form containing incorrect statement, material to purposes of return and to any future reassessment—Remaining misrepresentation even if Minister could or does, by careful analysis of supporting material, perceive error on return form—Undermining self-reporting nature of tax system if taxpayers could be careless in completion of returns while providing accurate basic data in working papers, on chance Minister would not find error but if did within four years, worst consequence correct assessment at that time—Irrelevant Minister might, despite misrepresentation on return form, have ascertained true facts prior to expiration of limitation period—Faulty return remained misrepresentation within s. 152(4)(a)(i)—Income Tax Act, S.C., 1970-71-72, c. 63, s. 152(4)(a)(i) .

NESBITT V. CANADA (A-54-96, Strayer J.A., judgment dated 15/11/96, 5 pp.)

LABOUR RELATIONS

Judicial review of Referee's decision applicants' employment not terminated under Canada Labour Code, s. 235(2)(b), not entitled to severance pay—Applicants employed by respondent until late 1993, when respondent closing operations—Applicants meeting age requirements for either registered pension plans contributed to by employer or Canada Pension Plan, but not applying for pension benefits—Prepared to continue employment—Canada Labour Code, s. 235(2)(b) providing employer deemed not to have terminated employment where employee entitled to pension—Referee holding "entitled" not meaning "receiving"; non-application for pension not vitiating entitlement—Application dismissed—Referee not erring with regard to jurisdiction in undertaking analysis of meaning of "entitled" in context of s. 235(2)(b)—Interpretation central to decision on issues and to jurisdiction—In context of scheme of Code, Part III, Parliament intended Referee have jurisdiction to engage in statutory interpretation exercise here undertaken—In absence of evidence as to how trustees would have reacted to application for pensions, no reviewable error in assuming applications for pensions would not have been rejected—Entitlement to benefits requiring clear right to benefits unqualified by either substantive or procedural conditions outside sole control of claimant—If applicants' disinterest in retiring (substantive condition), and fact not applying for pensions (procedural condition consistent with substantive condition) prevailing in interpretation of "entitled" in context of s. 235(2)(b), applicants having unqualified control to defeat Parliament's intent in enactment of paragraph—Purpose of legislation to prevent individual from receiving double benefit i.e. severance pay and pension—Severance pay intended to provide brief respite from effects of unemployment on persons having real expectation of continuing employment—Pension benefits intended to be substitute for employment for persons at end of working careers—Referee's failure to acknowledge evidence applicants not retired, not wishing to retire, against high standard of judicial review in such matters, not fatal—In absence of evidence of real expectation of continuing employment, open to Referee to conclude applicants who qualified for pensions "entitled" to pensions, whether wished to avail themselves of that entitlement or not, and who were thus within exception to entitlement to severance pay provided by Code, s. 235(2)(b)—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 235(2)(b) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 32, s. 41).

THOMPSON V. MOTORWAYS (1980) LTD. (T-2155-95, Gibson J., order dated 25/11/96, 10 pp.)

MARITIME LAW**PILOTAGE**

Action claiming pilotage charges concerning activities of tug *Techno-Venture* and barge *Jean-Raymond* on St. Lawrence River—Three categories of pilotage service forms

MARITIME LAW—Concluded

and corresponding invoices, totalling \$38,654.98—Plaintiff claims entitled to payment of these invoices by virtue of powers vested in it by Pilotage Act, Laurentian Pilotage Authority Regulations and tariffs established by Regulations—Defendants refuse to pay amount claimed as allegedly exempt from obligation to take plaintiff's pilots on board—Pilotage Act establishes Pilotage Authorities, including plaintiff, whose objects are to "establish, operate, maintain and administer in the interests of safety an efficient pilotage service within the region" assigned to each Authority—Laurentian Pilotage Authority Regulations, s. 4(3)(d), tug *Techno-Venture* not subject to compulsory pilotage except in cases set out in s. 4(4), where operation of ship would constitute risk to safety of navigation—Given plaintiff has not proved existence of one of situations described in s. 4(4)(a), (b) or (c), defendant's tug not subject to compulsory pilotage and this portion of plaintiff's action must be dismissed—As to barge *Jean-Raymond*, non-propelled barge not manned by Canadian master or officers and not even fitted with equipment needed for navigation cannot be subject to compulsory pilotage—Seems physically impossible to accommodate pilot on it—Regulations vague and imprecise and do not operate to make non-propelled barges subject to compulsory pilotage—Tug and barge do not both become subject to compulsory pilotage simply because navigating together—Action dismissed—Pilotage Act, R.S.C., 1985, c. P-14—Laurentian Pilotage Authority Regulations, C.R.C., c. 1268, s. 4.

LAURENTIAN PILOTAGE AUTHORITY V. TECHNO-NAVIGATION LTÉE (T-260-94, Denault J., judgment dated 11/12/96, 7 pp.)

PAROLE

Application for *certiorari* against National Parole Board and Attorney General to quash Appeal Division decision confirming decision of Board not to grant applicant parole under procedure referred to as "accelerated parole review"—Board criticized applicant's ties with Hell's Angels and concluded that, if released, would commit offence involving violence—Appeal Division concluded that Board had observed principles of natural justice and that Board decision reasonable—Application dismissed—Board did not err by considering charges for which applicant had been discharged because under s. 125(3), Board may have regard to all relevant information including information that tends to disclose potential for violent behaviour—Board entitled to use all information available to it relating to behaviour and actions of criminal biker groups, including its own expertise in that respect—Based on evidence, Board entitled to conclude applicant had not demonstrated had made definitive break with members of these groups—Wrong to contend Board placed insurmountable burden on applicant because will still be able to demonstrate, by his behaviour,

PAROLE—Concluded

if such is the case, that he has in fact cut ties with criminal biker groups if decides to do so—Board correct to conclude, having regard to evidence, there were reasonable grounds to believe that, if released, he might commit offence involving violence before expiration of his sentence according to law—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 125(3).

NORMAND V. CANADA (PAROLE BOARD) (T-1080-96, Noël J., order dated 6/12/96, 13 pp.)

PRACTICE**CONTEMPT OF COURT**

Applicants seeking show cause order requiring respondent to appear, explain why should not be held in contempt of Court—Alleging respondent acting so as to impair authority, dignity of Court—Applicant leaving Vietnam by boat with wife, children May 19, 1989—Arriving in Hong Kong where screened out under Hong Kong refugee determination process, confined to camps—On June 14, 1989 International Conference on Indochinese Refugees adopting Draft Declaration and the Comprehensive Plan of Action (Plan), approving process whereby individuals determined to be refugees by country of first asylum—Operating retroactively to June 1988 in so far as Hong Kong concerned—Applicant eligible for sponsorship for admission to Canada—Sponsorship application filed September 7, 1989—Application for order compelling respondent to process sponsorship application allowed on appeal—Subsequent to interview for purpose of processing sponsorship application, application for permanent residence in Canada denied on basis would not be able to establish himself, family successfully in Canada, no humanitarian, compassionate grounds warranting favourable decision as applicant, family in same position as everyone else in closed camps—Decision set aside on grounds applicant not given adequate notice of interview; taking into account irrelevant considerations (floodgates effect)—After new interview, application denied for same reasons—Letter from Minister of Citizenship and Immigration to Minister of Foreign Affairs stating application for permanent resident status processed under provisions of Plan—Applicant arguing if meaning first processing of sponsorship application, immigration official gave incorrect information to Court when said on cross-examination on affidavit Plan not playing any role in decision—If meaning second processing, contrary to Gibson J.'s direction as to what should be taken into consideration—Application dismissed—Letter in form of chronological narrative—Containing errors, but if accurate, statement relied upon ambiguous as to whether applies to first or second processing of sponsorship application—Burden of proof in contempt proceeding "beyond a reasonable doubt"—Applicants' evidence standing on its own not establishing *prima facie* case of contempt, test required to be

PRACTICE—Continued

met for issuance of show cause order—No award of costs, not because of notice or lack thereof, but because motion for show cause order not frivolous as based on ambiguous, sometimes erroneous, letter signed by respondent—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 355.

NGUYEN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3538-94, Reed J., order dated 13/11/96, 13 pp.)

COSTS

Action against C.T.O. International Limited allowed; action against Unican International S.A. dismissed—Plaintiffs seeking interest at commercial rates—As maritime cases excepted from general rule in Federal Court Act, s. 36 providing prejudgment interest governed by law in force in province where cause of action arising, Trial Judge retaining discretion to award prejudgment interest at appropriate rate—As plaintiffs not offering evidence with regard to rates, Court allowing interest at legal rate of 5%—S. 37 providing post-judgment interest governed by law of province where cause of action arising, i.e. Quebec—Quebec Civil Code, Art. 1619 providing successful plaintiff entitled to indemnity equal to difference between rate agreed to by parties and, if no agreement, legal rate and rate of interest fixed pursuant to the Loi sur le ministère du Revenu, s. 28—To obtain additional indemnity plaintiff must, in pleadings, specifically ask Court to allow him such indemnity—Not necessary for plaintiff to allege, prove specific rate of interest since Court having judicial knowledge of these rates, fixed by provincial regulation—As not claiming additional indemnity in statement of claim, plaintiffs applying to amend statement of claim to claim additional indemnity—Since judgment not yet rendered with respect to rates of interest, motion allowed—As no reason not to grant additional indemnity, plaintiffs entitled to interest of 5% on judgment, plus indemnity of 5% over and above legal interest rate—As successful party, Unican entitled to costs—Sanderson order directing Unican to recover costs from C.T.O. inappropriate—Proposals contained in C.T.O.'s letters of November 23, 1990 and September 18, 1995 not offers of settlement within Federal Court Rules, RR. 344(3)(g), 344.1—Letter of November 23 simply counsel's proposal to make recommendation to client—Acceptance of proposal in September letter not leading to settlement of litigation—To achieve settlement between plaintiffs and C.T.O., further agreement between C.T.O. and Unican had to be concluded—Conditions in September letter forming basis of possible agreement between defendants—By failing to obtain Unican's agreement before making proposal in September letter, proposal not offer of settlement—Bullock order appropriate—As C.T.O., before and during trial, taking position acting as agent for Unican, not unreasonable for plaintiffs to have sued both defendants, pursued action against both defendants to trial—C.T.O. ordered to reimburse plaintiffs for costs will have to pay to Unican—

PRACTICE—Continued

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 344(3)(g) (as am. by SOR/87-221, s. 2), 344.1 (as enacted by SOR/94-41, s. 3), 420—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 36 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 9), 37 (as am. *idem*)—Quebec Civil Code of Quebec, Art. 1619—Loi sur le ministère du Revenu, R.S.Q., c. M-31, s. 28.

ALCAN ALUMINIUM LTD. V. UNICAN INTERNATIONAL S.A. (T-1217-90, Nadon J., order dated 25/9/96, 13 pp.)

Applicant refusing to provide reasonable urine sample for no apparent reason—Convicted of failing and refusing to provide urine sample when demanded pursuant to Corrections and Conditional Release Act, s. 54(a)—Fined \$35—Seeking judicial review of conviction—Invoking judicial system for such trivial matter close to absurd—Significant public expenditure involved in judicial review application—Applicant having no regard for burden placing on legal system, Canadian taxpayer—Court having obligation, in these circumstances, to demonstrate to applicant and to signal to potential litigants and counsel that invoking mechanism of judicial system for frivolous cases not costless—Costs of \$300 awarded against applicant—Litigants, counsel warned increased awards of costs, including costs against counsel personally, possible in similar future cases—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1618 (as am. by SOR/92-43, s. 19)—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 54(a).

TRUNZO V. STONY MOUNTAIN PENITENTIARY (T-392-95, Rothstein J., order dated 21/11/96, 5 pp.)

JUDGMENTS AND ORDERS*Default Judgment*

Appeal from Trial Division decision ordering Crown's defence struck out as not filed in time—Initially, application for leave to enter default judgment against Her Majesty in action for unlawful imprisonment—Application for default judgment filed after expiry of 30 days allowed by R. 402(2)(a)(i) and defence filed thereafter—R. 402(2)(b)(i) allows filing of defence as long as application for default judgment not made—In cases to which Crown Liability and Proceedings Act, s. 25 applies, fourteen days' notice must be given before such application brought—In such cases, defence may be filed before 14-day period expires—In instant case, appellant filed defence three days after receiving notice of application for default—She therefore filed her defence in time—Trial Judge wrong to order it struck out—Appeal allowed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 402(2)(a)(i),(b)(i)—Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 25 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 31).

CARON V. CANADA (A-136-95, Pratte J.A., judgment dated 26/11/96, 2 pp.)

PRACTICE—Concluded**PARTIES***Intervention*

Appellant giving evidence before Commission in judicial review proceedings, only issue in which whether Chairman of Commission shall be disqualified from participating in inquiry—No interest in outcome of proceedings—Now seeking opportunity to challenge Commission's assessment of evidence—Appeal dismissed—Not allowed to intervene for such purpose—While appellant's evidence may be of assistance in determining issue, onus on applicant to adduce evidence deeming necessary—Judge of first instance assuming Commission having jurisdiction to rule on ability of Chairman to participate in inquiry and only question raised by judicial review application relating to legality of that decision, concluding judicial review proceedings would be decided only on basis of evidence before Commission—F.C.A. of view Commission lacked jurisdiction to rule on disqualification of Chairman—On application for judicial review and prohibition based on reasonable apprehension of bias of tribunal member, applicant always entitled to adduce in support of application any evidence tending to show alleged bias.

BENO V. CANADA (CHAIRMAN OF COMMISSION OF INQUIRY INTO DEPLOYMENT OF CANADIAN FORCES TO SOMALIA) (A-672-96, Pratte J.A., judgment dated 18/11/96, 3 pp.)

Third Party Proceedings

Motion to strike third-party notice—Suit arising out of death of Bon Kiem Tan who fell from gangplank while disembarking *M.V. Pacific Brilliance*—Ship moored alongside birth owned, operated by Westmore Terminals Ltd.—Tan employee of Vancouver Shipyard Co. Ltd., “worker” within meaning of Workers Compensation Act of British Columbia—Death occurring in course of employment—Compensation agreed upon for plaintiffs—Rights subrogated by statute—Action launched by Workers Compensation Board in attempt to recover from other negligent parties—When injured employee claims benefits under Act, Board subrogated to rights of injured employee, may entertain action in name of employee—Motion to strike third-party notice should be allowed—No *lis* between defendants, third parties—Under statute, jurisprudence, should not be joined even conditionally—Procedure followed by defendants clearly unwarranted—Workers Compensation Act, R.S.B.C. 1979, c. 437, s. 10.

TAN V. PACIFIC BRILLIANCE (THE) (T-1325-95, Rouleau J., order dated 21/10/96, 8 pp.)

PUBLIC SERVICE**TERMINATION OF EMPLOYMENT**

Appeal from recommendation of release for incompetence under Public Service Employment Act, s. 31—At hearing of appeal, appellant presenting medical evidence to effect at time of recommendation and during at least two previous years, unknown to him, suffered from depression rendering him unable to fulfil duties of his position—Appeal Board erred in law when it confused existence of certain facts with knowledge thereof—Appellant's depression had existed, according to medical evidence, since 1990, long before date of release recommendation—Knowledge of this fact acquired only in July 1993, several months after recommendation—Appeal Board should have taken this into account, not to “censure” Department but to assess merit of recommendation—Appeal allowed—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 31.

LABONTÉ V. CANADA (CHAIRMAN OF THE APPEAL BOARD ESTABLISHED PURSUANT TO THE PUBLIC SERVICE EMPLOYMENT ACT) (A-30-95, Hugessen J.A., judgment dated 29/11/96, 4 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE

Application for judicial review of T.C.C. decision holding respondent engaged in insurable employment—Application allowed—Contract of employment or contract of enterprise—Apart from tests laid down by Court in *Wiebe Door Services Ltd. v. M.N.R.*, [1986] 3 F.C. 553 (C.A.), such as, on one hand, degree of control, ownership of tools of work, chance of profit and risk of loss, and, on other hand, integration, issue always, once genuine contract established, whether relationship of subordination between parties such that contract one of employment, or whether degree of autonomy such that contract one of enterprise or for services—*Canada (Attorney General) v. Rousselle et al.* (1990), 124 N.R. 339 (F.C.A.) applied—Respondent, owner of \$15,000 skidder for which paid maintenance and repair, with feller he had himself recruited, cut trees for forestry business—Contract with business not very stringent—Respondent paid by volume and contract did not specify volume—*Prima facie* contract of enterprise—Supervision of work every second day and measuring volume every two weeks do not create herein relationship of subordination and consistent with requirements of contract of enterprise—T.C.C. Judge erred in concluding [TRANSLATION] “there could be no chance of profit and risk of loss”—Respondent paid based on volume and mere fact his skidder had broken down would be sufficient for him to find himself with nothing.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. CHARBONNEAU (A-831-95, Décary J.A., judgment dated 20/9/96, 5 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE—Concluded

Application for judicial review of Umpire's decision as to time to which amount received by employee as severance pay must be allocated under Unemployment Insurance Regulations, s. 58(9)—Respondent laid off on 14/12/90, benefit period established starting on 16/12/90, plant closing permanently on 15/12/91—Received severance bonus from employer of \$1,376.40 in three weekly payments of \$458.80 each, starting in week of 16/12/91, representing three weeks' wages—Commission of opinion \$1,376.40 indemnity should be allocated to period beginning date of lay-off, that is, from 16/12/90 to 4/1/91, based on her normal weekly wages of \$458.80—Umpire of opinion, rather, event prompting payment of severance indemnity closing of plant, and Commission had to allocate amount received to period beginning week of permanent separation from employment or breach of contract, 15/12/91—Application for judicial review allowed—Regulations, s. 58(9) providing any earnings paid, payable by reason of lay-off, separation from employment allocated beginning in week of lay-off, separation from employment, regardless of nature of earnings or period in respect of which purported to be paid—Indemnity payable under Quebec Act respecting labour standards—Paid after period of time elapsed by reason of temporary suspension of work—Mere coincidence time elapsed more or less at same time as plant closed—Payment must therefore be allocated to period beginning on date of lay-off—Distinguished from *Canada (Attorney General) v. King*, [1996] 2 F.C. 940 (C.A.)—Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, s. 58(9)—An Act Respecting Labour Standards, R.S.Q., c. N-1.1.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. TREMBLAY (A-106-96, Desjardins J.A., judgment dated 22/10/96, 6 pp.)

Employer deciding to suspend applicant without pay when latter charged with sexual assault on two little girls—Commission, on ground employment lost by reason of misconduct (Act, s. 28), disqualifying applicant from receiving benefits for period of twelve weeks—Board of Referees, Umpire affirming this decision—Essentially, only evidence in Commission's file employer's account of facts, remarkably vague and speculative—Application allowed—Commission did not do its duty, failed to discharge burden of proving applicant's misconduct within meaning of Act, s. 28—Insufficient to report as-yet-unproven criminal charges laid and to rely on speculation by employer without any other verification—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 28.

MEUNIER v. CANADA (EMPLOYMENT AND IMMIGRATION COMMISSION) (A-130-96, Décaré J.A., judgment dated 4/10/96, 6 pp.)

VETERANS

Application for judicial review of Veterans Appeal Board decision affirming decision of Quebec Region Review Committee (RRC) upholding revocation of applicant's allowance payable under War Veterans Allowance Act—Allowance originally granted on basis of applicant's service in Greek National Resistance Forces in 1943-1944—Then, after Greece notified Canada some service certificates false, allowance cancelled as certificate of service submitted with application for allowance forgery, and applicant required to pay back allowances received to date—Applicant submitted second certificate from other Greek province, Achaia and sought to have decision revised—Application denied by RRC on May 6, 1991, but informed decision would be reviewed if second certificate validated—While applicant's appeal to Veterans Appeal Board, filed April 15, 1992, pending, and before second certificate authenticated, Act (s. 6.1(1)) amended, effective March 2, 1992, removing benefit of allowances for resistance fighters who assisted allied forces during first and second World Wars, adding that allowances payable to resistance fighters on or before March 2, 1992 shall continue to be paid—Veterans Appeal Board recognized fact second certificate authentic and agreed reinstatement would normally have followed but concluded amendment disentitled applicant to allowance—Application allowed—Issue whether applicant entitled to allowance despite 1992 amendment—Clear from *Canada (Attorney General) v. Andritsopoulos* (1994), 80 F.T.R. 104 (F.C.T.D.) resistance fighters entitled to continued payment of allowance "those who had a legal right to obtain payment of the allowance as of March 2, 1992"—No doubt applicant had such right in 1989 when original grant of allowance made—Allowance first suspended pending outcome of investigation, then revoked—However, RRC's decision to maintain revocation made conditional; if second certificate validated, decision to be reviewed—Board pre-empted very decision it purported to affirm—Board failed to consider impact of validation of second certificate on decision under appeal, and time as of which impact was to be assessed—RRC's decision to overturn or maintain revocation depending on outcome of validation process made on May 6, 1991—Giving effect to RRC's decision, in light of fact second certificate validated, applicant again became entitled to allowance as of May 6, 1991—Conclusion also flowing from provisions of Civil Code of Quebec pertaining to conditional obligations (Art. 1497), stating materialization of condition having retroactive effect to time conditional obligation made or undertaken (Art. 1506)—Board therefore erred in law in holding reinstatement of applicant's allowance barred by 1992 amendments—War Veterans Allowance Act, R.S.C., 1985, c. W-3, s. 6.1 (as enacted by S.C. 1992, c. 24, s. 10)—Civil Code of Quebec, Arts. 1497, 1506.

ANDREOPOULOS v. CANADA (VETERANS APPEAL BOARD) (T-1404-95, Noël J., order dated 18/10/96, 15 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.

ANCIENS COMBATTANTS

Demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le Tribunal d'appel des anciens combattants a confirmé la décision par laquelle le Comité de révision régional du Québec (le comité) avait confirmé la révocation de l'allocation aux anciens combattants payable à la requérante en vertu de la Loi sur les allocations aux anciens combattants—L'allocation avait initialement été accordée en raison du service de la requérante au sein des forces de la résistance grecque en 1943-1944—Par la suite, après que la Grèce eut avisé le Canada que certaines attestations de service étaient des faux, l'allocation avait été révoquée au motif que l'attestation de service soumise avec sa demande d'allocation était un faux, et la requérante avait dû rembourser les allocations qu'elle avait reçues jusqu'alors—La requérante a soumis une seconde attestation provenant d'une autre province grecque, l'Archaise, et a demandé la révision de la décision—Le comité a rejeté sa demande le 6 mai 1991, mais a précisé qu'il réexaminerait sa décision si la seconde attestation était validée—Alors que l'appel interjeté par la requérante le 15 avril 1992 devant le Tribunal d'appel des anciens combattants était en instance et avant que la seconde attestation ne soit validée, la Loi (art. 6.1(1)) a été modifiée, à compter du 2 mars 1992, de façon à rendre inadmissibles à une allocation les combattants de la résistance qui avaient aidé les forces alliées au cours de la Première et de la Seconde Guerre mondiale, à cette réserve près que les allocations payables aux combattants de la résistance au plus tard le 2 mars 1992 devaient continuer à leur être versées—Le Tribunal d'appel des anciens combattants a reconnu la validité de la seconde attestation et a convenu que le rétablissement de l'allocation devait normalement s'ensuivre, mais a conclu que la modification rendait la requérante inadmissible aux allocations—La demande est accueillie—Il s'agit de savoir si la requérante a droit à l'allocation malgré les modifications de 1992—Il ressort du jugement *Canada (Procureur général) c. Andritsopoulos* (1994), 80 F.T.R. 104 (C.F. 1^{re} inst.), que les combattants de la résistance «qui avaient, suivant la loi, le droit d'obtenir le paiement de l'allocation au 2 mars 1992» ont le droit de

ANCIENS COMBATTANTS—Fin

continuer à recevoir cette allocation—Il est indéniable que la requérante possédait ce droit en 1989 lorsque la décision de lui accorder l'allocation a été prise—L'allocation a d'abord été suspendue en attendant l'issue de l'enquête, puis a été révoquée—Toutefois, la décision du comité de confirmer la révocation a été formulée de façon conditionnelle: si la seconde attestation était validée, la décision devait être révisée—Le Tribunal a rendu inutile la décision même qu'il prétendait confirmer—Le Tribunal n'a pas tenu compte des répercussions de la validation de la seconde attestation sur la décision frappée d'appel, ni du moment où ces répercussions devaient être appréciées—La décision du comité d'infirmer ou de confirmer la révocation selon l'issue de la procédure de validation a été prise le 6 mai 1991—Lorsque la décision du comité a pris effet, vu la validation de la seconde attestation, la requérante est de nouveau devenue admissible à l'allocation au 6 mai 1991—Cette conclusion découle également des dispositions du Code civil du Québec relatives aux obligations contractuelles (art. 1497), qui prévoient que lorsqu'une condition se réalise, elle a un effet rétroactif au jour où l'obligation conditionnelle a été créée ou souscrite (art. 1506)—Le Tribunal a donc commis une erreur de droit en statuant que le rétablissement de l'allocation de la requérante était prescrit par les modifications de 1992—Loi sur les allocations aux anciens combattants, L.R.C. (1985), ch. W-3, art. 6.1 (édité par L.C. 1992, ch. 24, art. 10)—Code civil du Québec, art. 1497, 1506.

ANDREOPOULOS C. CANADA (TRIBUNAL D'APPEL DES ANCIENS COMBATTANTS) (T-1404-95, juge Noël, ordonnance en date du 18-10-96, 15 p.)

ASSURANCE-CHÔMAGE

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la C.C.I. portant que l'intimé exerçait un emploi assurable—Demande accueillie—Contrat de travail ou contrat d'entreprise—Outre les critères énoncés par cette Cour dans *Wiehe Door Services Ltd. c. M.R.N.*, [1986] 3 C.F. 553 (C.A.) tels, d'une

ASSURANCE-CHÔMAGE—Suite

part, le degré de contrôle, la propriété des instruments de travail, les chances de bénéfice et les risques de perte et, d'autre part, l'intégration, il s'agit toujours de déterminer, une fois acquise l'existence d'un véritable contrat, s'il y a, entre les parties, un lien de subordination tel qu'il s'agisse d'un contrat de travail ou s'il n'y a pas, plutôt, un degré d'autonomie tel qu'il s'agisse d'un contrat d'entreprise ou de service—Application de *Canada (Procureur général) c. Rousselle et al.* (1990), 124 N.R. 339 (C.A.F.)—L'intimé, propriétaire d'une débusqueuse de 15 000 \$ dont il assumait les coûts d'entretien et de réparation, avec un abatteur qu'il avait lui-même recruté, coupait des arbres pour une entreprise d'exploitation forestière—Le contrat conclu avec l'entreprise était peu contraignant—L'intimé était payé au volume, aucun volume n'étant prescrit par contrat—Il s'agit à prime abord d'un contrat d'entreprise—La surveillance des travaux aux deux jours et le mesurage du volume aux quinze jours ne créent pas en l'espèce de lien de subordination et sont compatibles avec les exigences d'un contrat d'entreprise—Le juge de la C.C.I. a commis une erreur en concluant que «les chances de bénéfice et les risques de perte ne pouvaient exister»—L'intimé était payé en fonction du volume et il eût suffi que sa débusqueuse tombe en panne pour qu'il se retrouvât devant rien.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. CHARBONNEAU (A-831-95, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 20-9-96, 5 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision d'un juge-arbitre quant au moment où doit se faire la répartition d'une somme reçue par l'employé à titre d'indemnité de séparation en application de l'art. 58(9) du Règlement sur l'assurance-chômage—Intimée mise à pied le 14-12-90, période de prestations établie à compter du 16-12-90, fermeture définitive de l'usine le 15-12-91—Elle reçut de son employeur, à compter de la semaine du 16-12-91, une prime de séparation de 1 376,40 \$ en trois versements hebdomadaires de 458,80 \$ chacun, représentant trois semaines de salaire—La Commission fut d'avis que l'indemnité de 1 376,40 \$ devait faire l'objet d'une répartition à partir de la date de mise à pied, soit la période du 16-12-90 au 4-1-91, en fonction de son salaire hebdomadaire normal de 458,80 \$—Le juge-arbitre fut plutôt d'avis que l'événement qui avait donné lieu au versement de l'indemnité de séparation était la fermeture de l'usine et que la Commission devait répartir la somme reçue à partir de la semaine de la cessation définitive d'emploi ou du bris du contrat, soit le 15-12-91—La demande de contrôle judiciaire est accueillie—L'art. 58(9) du Règlement prévoit la répartition de toute rémunération payée ou payable en raison d'un licenciement ou d'une cessation d'emploi, et ce à partir de la semaine du licenciement ou de la cessation d'emploi, abstraction faite de la nature de la rémunération et de la période pour laquelle elle est censée être payée—L'exigibilité du paiement relevait de la Loi québécoise sur les normes de travail—L'indemnité fut

ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin

payée suite à un écoulement de temps en raison de la suspension temporaire de travail—Ce n'est que par coïncidence que l'écoulement de temps est survenu à peu près au même moment que la fermeture de l'usine—La répartition doit donc se faire à compter de la mise à pied—Distinction faite avec *Canada (Procureur général) c. King*, [1996] 2 C.F. 940 (C.A.)—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., ch. 1576, art. 58(9)—Loi sur les normes de travail, L.R.Q., ch. N-1.1.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. TREMBLAY (A-106-96, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 22-10-96, 6 p.)

L'employeur a décidé de suspendre le requérant, sans solde, quand celui-ci a été accusé d'agression sexuelle à l'égard de deux fillettes—La Commission, au motif qu'il y avait perte d'emploi en raison d'inconduite (art. 28 de la Loi), exclut le requérant du bénéfice des prestations pour une période de douze semaines—Le conseil arbitral et le juge-arbitre ont confirmé cette décision—Essentiellement la seule preuve au dossier de la Commission était la version des faits de l'employeur, laquelle était remarquablement vague et spéculative—Demande accueillie—La Commission n'a pas fait son devoir et ne s'est pas déchargée du fardeau de prouver l'inconduite du requérant au sens de l'art. 28 de la Loi—Il n'est pas suffisant de faire état du dépôt d'allégations de nature criminelle non encore prouvées et de s'en remettre, sans autre vérification, aux spéculations de l'employeur—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 28.

MEUNIER C. CANADA (COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-130-96, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 4-10-96, 6 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**CONTRÔLE JUDICIAIRE**

Demande en vue de l'annulation de la décision par laquelle un gestionnaire de l'Immigration a ordonné la tenue d'une enquête de l'immigration sur la requérante, enquête qui a donné lieu aux procédures de renvoi prises contre elle—Cette dernière a demandé un visa dans le cadre du Programme concernant les employés de maison étrangers, mais elle a fait de fausses déclarations à l'égard de son âge, de son état matrimonial et de la question de savoir si elle avait des enfants—Elle a été admise au Canada, où elle a par la suite vécu et travaillé en qualité d'employée de maison—Une fois informée de la politique selon laquelle on ne prendrait pas de mesures de renvoi contre les personnes venues au Canada en vertu du Programme, la requérante a avisé un gestionnaire de l'Immigration qu'elle avait fait de fausses déclarations—À la suite d'une entrevue, la requi-

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

rante a été avisée que, si elle obtenait un divorce de son mari, elle recevrait le droit d'établissement—L'enquête a débuté peu après que l'avocat de la requérante eut communiqué au nom de cette dernière avec les autorités de l'Immigration—La requérante a soulevé la question de la régularité des procédures—Demande accueillie—L'intimé appliquait une politique en vertu de laquelle les personnes dans la même situation que la requérante n'étaient pas renvoyées—Il incombe au ministre d'appliquer cette politique à tous les intéressés de façon équitable et uniforme—La requérante faisait tout en son possible pour respecter les exigences de la politique en cause en obtenant le divorce nécessaire de son époux—La preuve montre qu'il y avait une certaine mauvaise foi de la part du gestionnaire de l'Immigration et que la décision d'ordonner la tenue d'une enquête a été prise parce que la requérante a retenu les services d'un avocat pour l'assister—Il y a eu un manquement à l'obligation d'équité envers la requérante—La décision d'ordonner l'enquête est annulée.

MITRA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3253-95, juge Rouleau, ordonnance en date du 19-11-96, 6 p.)

EXCLUSION ET RENVOI

Personnes non admissibles

Demande de contrôle judiciaire de la décision selon laquelle le requérant constituait un danger pour le public au Canada—Le requérant, citoyen de la Jamaïque, a obtenu le droit d'établissement au Canada en 1987—Trois condamnations criminelles—Mesure de renvoi prise après la deuxième condamnation—Avis de danger présenté—Mesure de renvoi suspendue—Demande accueillie—L'analyse dans l'avis devant être présenté à l'intimé était trop viciée pour étayer la décision selon laquelle il y a «danger», et il n'y a pas lieu de conclure que l'intimé a analysé et soupesé suffisamment les éléments de preuve—L'intimé s'est appuyé sur une analyse et sur un avis viciés sans donner cette analyse et cet avis au requérant pour qu'il y réponde, et il n'a pas donné de motifs qui pourraient convaincre le requérant ou une cour de révision qu'il a analysé et soupesé suffisamment les éléments de preuve—Compte tenu des faits, la justice fondamentale, la justice naturelle et l'équité exigeaient que l'intimé motive sa décision selon laquelle le requérant constituait un danger présent et futur pour le public.

HINDS C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3549-95, juge Gibson, ordonnance en date du 27-11-96, 12 p.)

Contrôle judiciaire d'une décision d'un arbitre concluant que le requérant faisait partie d'une catégorie non admissible parce qu'il y avait des motifs raisonnables de croire qu'il

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

avait commis un crime contre l'humanité—Le requérant a dû s'enrôler de force dans l'armée hondurienne—Ses demandes répétées en vue d'obtenir l'autorisation de quitter l'armée lui ont été refusées—Le requérant croyait qu'il serait tué s'il désertait—Sous les ordres de ses supérieurs, il a participé à plusieurs kidnappings—Au début, il ne savait pas que les victimes «disparaîtraient»—Il a été présent à quatre occasions où des prisonniers ont été torturés, mais il nie avoir torturé ou exécuté lui-même qui que ce soit—Il a quitté l'armée en 1984—Il a quitté le Honduras en 1986 après qu'on eut attenté à sa vie—Des témoins ont déclaré que le requérant avait fourni des éléments de preuve attestant les violations des droits de la personne au Honduras, qu'il avait témoigné contre le gouvernement hondurien au cours d'une audience de la Cour inter-américaine des droits de la personne—Demande rejetée—(1) La persécution doit viser un groupe ou un peuple identifiable pour constituer un crime contre l'humanité: *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701—L'arbitre a statué que le «groupe identifiable» se composait d'une ou de plusieurs personnes que les supérieurs du requérant soupçonnaient d'être des éléments subversifs ou qui étaient perçues comme pouvant présenter un danger pour les autorités en place—L'interprétation est trop restreinte si le «groupe identifiable» ne peut s'appliquer qu'à des groupes ou à des peuples identifiables liés par un trait de caractère inaliénable—Étant donné que l'appartenance à une race est une caractéristique inaliénable, la référence à un groupe identifiable doit comprendre des caractéristiques autres que celles qui sont inaliénables—Autrement personne ne pourrait jamais commettre de crime contre l'humanité à l'encontre d'un groupe de personnes qui ne sont pas de la même origine ethnique ou raciale, mais qui sont liées par leurs opinions politiques ou leur appartenance à un groupe social particulier, étant donné que ces dernières qualités ne sont pas inaliénables—Il était loisible à l'arbitre de conclure à l'existence d'un groupe identifiable qui était victime de persécution—(2) L'arbitre a conclu que la défense d'obéissance aux ordres d'un supérieur pouvait être invoquée à moins que l'acte commis soit si monstrueux qu'il est manifestement illégal—L'arbitre a ensuite statué que le danger auquel était exposé le requérant n'était pas imminent et immédiat pendant toute la période et que le requérant aurait pu éviter de participer aux crimes en quittant l'armée ou le pays—Il a aussi conclu que, même si un châtiment aurait pu être infligé au requérant s'il s'était fait prendre à désertier, cette probabilité était faible—L'évaluation de l'arbitre quant au risque que courait le requérant est conforme à l'explication de la Cour suprême indiquant qu'il devait voir dans l'ordre un élément de contrainte ou de menace telle qu'il n'avait d'autre choix que d'y obéir—Bien que l'évaluation de la liberté morale dont disposait le requérant ne soit pas aussi claire qu'elle aurait pu l'être, il est manifeste que l'arbitre a abordé la question des ordres des supérieurs et a conclu que le requérant aurait pu désobéir—Le décideur n'est pas tenu d'employer les mots précis de la Cour suprême—(3) Le fait qu'une personne soit

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

exposée à un danger imminent est une question de fait fondée sur les circonstances présentes dans son cas particulier—L'arbitre devait trancher la question d'après la preuve produite—Il lui était loisible de conclure comme il l'a fait—Il a tenu compte de la preuve pour parvenir à sa conclusion—L'arbitre a conclu que les dépositions des témoins du requérant étaient peu pertinentes aux questions dont il était saisi—Il ne les a pas ignorées.

CABALLERO C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-272-96, juge suppléant Heald, ordonnance en date du 13-11-96, 16 p.)

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Dépens—À la suite d'une demande de contrôle judiciaire de la décision d'un agent des visas, l'intimé a consenti à émettre une ordonnance annulant la décision et renvoyant l'affaire à un autre agent des visas pour que ce dernier statue à nouveau sur celle-ci, au motif qu'il importe d'appliquer la définition du terme «adoption» contenue à l'art. 2(1) du Règlement sur l'immigration de 1978—La demande de dépens provient du fait que la décision n'a pas été communiquée au requérant avant le 15 avril 1996, bien qu'elle ait été rendue neuf mois après l'entrevue, laquelle a eu lieu le 20 janvier 1993—Deux explications justifiant qu'un délai de deux ans et demi se soit écoulé ont été fournies, soit l'existence d'un arriéré de 800 cas et la complexité de l'affaire—Les circonstances extraordinaires suivantes justifiaient l'adjudication des dépens en faveur du requérant: (1) le retard provenant du fait que l'agent ne s'est pas occupée du dossier d'octobre 1993 à septembre 1995; (2) l'utilisation d'une lettre type dans le cadre d'une politique administrative, sans se soucier de sa véracité ou de son exactitude dans les circonstances en cause; (3) le fait que l'agent n'a jamais répondu aux lettres que l'avocat du requérant lui a envoyées (dix lettres pour s'enquérir de l'état de la demande)—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 2(1) (mod. par DORS/92-101; 93-44).

SINGH C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1479-96, juge Simpson, ordonnance en date du 18-10-96, 6 p.).

Demande de suspension de la présente instance, demande d'autorisation et de contrôle judiciaire et demande de sursis à l'exécution de la mesure d'expulsion prise à l'égard du requérant jusqu'à ce que l'État lui désigne un avocat—Le requérant a revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention—Sa revendication se fondait sur sa désertion de l'armée guatémaltèque et sur le danger de persécution, voire de mort, que lui ferait courir son renvoi au Guatemala, son pays d'origine—Le statut de réfugié du requérant n'a jamais été déterminé—Le requérant a plutôt obtenu le statut

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

d'immigrant reçu—Le requérant a été reconnu coupable d'un certain nombre d'infractions, dont voies de fait graves et agression armée, pour lesquelles il a été condamné à des peines consécutives de huit et cinq mois d'emprisonnement—À l'audience tenue pour déterminer s'il constituait un danger pour le public, le requérant a eu de la difficulté à obtenir des conseils juridiques et à réagir dans le délai prévu—Le ministre a conclu que le requérant constituait un danger pour le public et une mesure de renvoi a été prise contre lui—Demande de suspension de l'instance accueillie—Il existe une question grave à trancher: l'exécution d'une mesure d'expulsion peut constituer un traitement cruel ou inusité—Le requérant risque de subir un préjudice irréparable s'il est renvoyé au Guatemala—La prépondérance des inconvénients est amplement favorable au requérant, étant donné qu'il risque d'être persécuté—Il va de soi que la prise d'une mesure d'expulsion constitue un incitatif à agir: on peut donc accepter que le requérant demande «prématurément» une suspension de l'instance—Le sursis est accordé jusqu'à ce que la demande d'autorisation du requérant soit entendue et, dans le cas où cette demande est accueillie, jusqu'à ce que la Cour ait effectué le contrôle judiciaire de la décision—La Cour n'a pas compétence pour désigner un avocat rémunéré par l'État pour représenter le requérant.

JIMENEZ-BEZA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2788-96, juge Cullen, ordonnance en date du 4-12-96, 5 p.)

STATUT AU CANADA

Citoyens

Appel d'un refus d'accorder la citoyenneté—L'appelant est un citoyen de Hong Kong—Sa femme et son fils habitent en Colombie-Britannique—Il a passé 166 jours au Canada et 1 281 jours à Hong Kong dans la période de quatre ans précédant sa demande de citoyenneté—Son séjour moyen au Canada est de deux semaines tous les trois à cinq mois—Bien que la résidence soit le critère déterminant pour l'octroi de la citoyenneté, la présence physique est un facteur important dont il faut tenir compte pour se prononcer sur la question de la résidence—La durée de la présence d'une personne au Canada et le nombre de ses absences peuvent fournir des indices utiles pour déterminer si cette personne a conservé ou centralisé son mode de vie habituel au Canada—L'appelant a été absent du Canada pendant 89 % de la période pertinente—Rien ne révèle une tendance à passer de plus en plus de temps au Canada—Les rapports médicaux n'indiquent pas que les frères de l'appelant à Hong Kong ont besoin de soins—Bien que l'appelant puisse avoir l'obligation de s'occuper de ses parents, cette obligation incombe aussi à ses frères—Rien dans la preuve n'indique que des rapports plus étroits existent entre

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

l'appelant et ses parents qu'entre ses frères et ces derniers—Il n'y a pas d'indice que l'appelant a l'intention de vendre, de liquider ou de transférer au Canada le commerce d'électronique qu'il exploite à Hong Kong—La présomption selon laquelle le lieu de résidence d'un couple marié est habituellement l'endroit où ce couple a établi son mode de vie habituel est réfutée par l'absence d'un conjoint pendant de longues périodes et sa présence pendant de brefs séjours—La preuve indiquant que l'appelant n'a jamais passé Noël au Canada avec sa femme et son fils et que celui-ci ne connaît pas suffisamment son père pour lui demander de demeurer un jour de plus pour participer à un pique-nique à l'école réfute la présomption—L'appelant ne déclare pas son revenu mondial au Canada pour les fins de l'impôt sur le revenu—Dans certaines circonstances, les indices tendant à démontrer qu'il a centralisé son mode de vie au Canada ne sont que des indices secondaires ayant pour but d'établir que le requérant répond aux conditions nécessaires pour l'octroi de la citoyenneté, alors que ce n'est pas le cas—Les attaches de l'appelant avec Hong Kong sont manifestement beaucoup plus importantes que celles qui existent avec le Canada—Le fait qu'il soit retourné à Hong Kong trois semaines après avoir obtenu le statut de résident permanent au Canada, qu'il ait été absent du Canada pendant 89 % de la période pertinente, sans indication de changement, et sans explication légale acceptable, mènent à la conclusion que l'appelant n'a pas satisfait aux exigences de résidence énoncées dans la Loi sur la citoyenneté—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5(1)c).

LEE (RE) (T-2688-95, juge Rothstein, jugement en date du 4-12-96, 7 p.)

Appels formés contre le rejet de demandes de citoyenneté pour non-respect des exigences en matière de résidence—Les appelants et leurs deux filles ont été admis au Canada le 29 mars 1991—Ils sont propriétaires d'une maison au Canada depuis leur arrivée—Au cours de ses fréquents voyages à Hong Kong, l'appelant habite l'appartement de ses parents—Ces voyages sont principalement reliés à ses affaires, bien qu'il les ait prolongés pour apporter un soutien à ses parents âgés et malades—L'épouse de l'appelant l'a accompagné au cours de tous ses voyages sauf les deux derniers, ce qui lui donne une présence physique au Canada de 214 jours—L'appelant a investi 250 000 \$ dans une entreprise au Canada, qui a périclité—Il n'a pas rompu tous ses liens commerciaux avec Hong Kong et la Chine—Il a obtenu un numéro d'assistance sociale, une carte de OHIP, un permis de conduire et a acheté des automobiles—Il a établi et conservé des comptes bancaires et des investissements au Canada—Ses deux filles ont fréquenté des écoles locales bien qu'elles aient fréquenté la plupart du temps des écoles de Hong Kong—Il a constitué une compagnie canadienne et il a rempli des déclarations d'impôt sur le revenu au Canada—Il s'est absenté du Canada pendant 1 068 jours en tout au cours des quatre années précédant

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

immédiatement la date de sa demande—Il n'a été physiquement présent au Canada que durant 110 jours—Citant les absences répétées de l'appelant, le juge de la citoyenneté a conclu que le mari n'avait pas centralisé son mode de vie au Canada et n'a pas maintenu suffisamment de liens avec le Canada au cours de ses absences pour que celles-ci comptent en tant que périodes de résidence—Appel accueilli—Examen de la jurisprudence en matière de résidence—Il est possible d'établir l'existence d'une «résidence implicite»—Application de l'arrêt *Koo (Re)*, [1993] 1 C.F. 286 (1^{re} inst.)—La forme de présence physique peut aussi être l'indice d'une saine décision commerciale et n'a pas nécessairement à jouer contre l'appelant lorsqu'il s'agit d'établir sa résidence—Les faits en cause dans l'affaire *Canada (Secrétaire d'État) c. Yu* (1995), 31 Imm. L.R. (2d) 248 (C.F. 1^{re} inst.), où la Cour a accueilli un appel interjeté contre la décision d'accueillir une demande de citoyenneté en dépit du fait que la requérante ait vécu seulement 156 jours au Canada se distinguent de ceux de l'espèce car l'appelant en l'espèce est propriétaire de sa résidence et d'une entreprise au Canada—Comme les intérêts commerciaux de l'appelant à Hong Kong et en Chine sont de nature continue, ils ne répondent pas au critère exigeant que les absences soient imputables à une situation temporaire—Mais on peut avancer qu'il est possible de conserver des intérêts commerciaux à l'étranger tout en maintenant une résidence implicite au Canada, particulièrement si l'on considère que l'entreprise au Canada continue à fonctionner de concert avec celle de Hong Kong—Un investissement de 250 000 \$ au Canada, dans le cadre du programme d'investissement des immigrants, dénote un engagement profond envers le Canada—L'appelant a maintenant de nombreux amis à Toronto et à Richmond et des relations commerciales en raison de ses ventes de produits—Les appelants remplissent les conditions applicables à la résidence implicite.

NG (RE) (T-2689-95, T-2690-95, juge Cullen, jugement en date du 16-10-96, 16 p.)

Réfugiés au sens de la Convention

Recours en contrôle judiciaire contre la décision de la section du statut concluant que les requérants, citoyens de l'Afghanistan, ne sont pas des réfugiés au sens de la Convention—Il échet d'examiner en premier lieu si l'un des cinq requérants, une fillette de neuf ans, a droit au statut de réfugié au même titre que sa mère, reconnue réfugiée du fait de son appartenance au groupe des femmes cultivées—Si la fillette devait revenir en Afghanistan, elle ne pourrait se soustraire à la persécution qu'en refusant d'aller à l'école—Cependant, l'éducation est un droit fondamental de la personne et la Cour ordonne à la Commission de conclure qu'elle est une réfugiée au sens de la Convention—La Commission a rejeté à juste titre la demande de l'autre requérante âgée de 75 ans, par ce motif qu'elle était inculte et ne serait pas persécutée comme femme cultivée—Il échet

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

d'examiner en second lieu si la Commission a correctement appliqué le précédent *Salibian c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 3 C.F. 250 (C.A.), pour ce qui est de la différenciation des risques, en d'autres termes, si les requérants, de par leur appartenance au groupe social que sont les Tadjiks sunnites, justifiaient d'une crainte de persécution tenant à l'une des causes énumérées dans la définition de réfugié au sens de la Convention—La Commission a conclu que toutes les factions en Afghanistan sont à la fois victimes et coupables de violations des droits de la personne, et que les Tadjiks sunnites n'y sont pas exposés à davantage de dangers ou à des dangers d'un autre ordre que les autres Afghans—La décision de la Commission est conforme au troisième critère, tel que l'a rappelé le juge Décary, J.C.A., dans *Salibian*: une situation de guerre civile ne fait pas obstacle à la revendication pourvu que la crainte invoquée soit non pas celle ressentie indistinctement par tous les citoyens en raison de la guerre civile, mais celle ressentie par le requérant lui-même, par son groupe, voire par tous les citoyens en raison d'un risque de persécution fondé sur l'un des motifs énoncés dans la définition—La Commission était en droit de conclure que les Tadjiks sunnites ne formaient pas une cible collective et que par conséquent, les requérants ne pouvaient faire valoir leur revendication en invoquant leur appartenance à ce groupe—Demande accueillie à l'égard de la fillette, rejetée à l'égard de tous les autres requérants—Question certifiée: Des demandeurs du statut de réfugié sont-ils exclus de l'application de la définition de réfugié au sens de la Convention si dans leur pays, tous les groupes, dont celui auquel ils appartiennent, sont à la fois victimes et coupables de violations des droits de la personne dans le contexte d'une guerre civile?

ALI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3404-95, juge McKeown, ordonnance en date du 23-9-96, 5 p.)

Résidents permanents

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la section d'appel (le tribunal) a conclu que la fille adoptive de l'appelant n'était pas un parent au sens du Règlement sur l'immigration de 1978 et a rejeté, pour absence de compétence, l'appel interjeté contre le refus d'approuver la demande d'établissement présentée par elle—Demande rejetée—La demande d'établissement a été refusée à l'origine pour le motif que la fille adoptive n'avait pas démontré qu'un lien véritable de filiation existe entre elle et son répondant (le requérant), que ses liens avec sa famille naturelle ont été remplacés par d'autres avec son répondant ou que son adoption alléguée a eu lieu pour une autre raison que celle de lui permettre de résider au Canada—Le tribunal a conclu à l'absence d'intention de transférer l'enfant de sa famille naturelle à sa famille d'adoption et a rejeté l'appel—Les modifications apportées en mars 1994 à l'art.

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

6(1)e) du Règlement s'appliquent conformément à l'art. 6(1.01) du Règlement: bien que le refus ait été décidé à la suite d'une entrevue en février 1994, il n'a été notifié qu'en juin 1994—Une décision est présumée avoir été prise lorsqu'il en est donné avis aux parties concernées: *Dass c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1996] 2 C.F. 410 (C.A.)—L'ancienne définition du mot «adopté» exigeait aussi l'appréciation des faits entourant l'adoption—Donc, peu importe laquelle des définitions du mot «adopté» on applique en l'espèce, le tribunal a eu raison de rechercher l'authenticité de l'adoption et de conclure que la preuve ne démontrait pas un lien de filiation véritable: *Singh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 3 C.F. 37 (C.A.)—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 2 (mod. par DORS/92-101; 93-44), 6(1)e) (mod. par DORS/94-242), (1.01) (édicte, *idem*).

DHALIWAL C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1127-96, juge Rouleau, ordonnance en date du 19-11-96, 9 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision de l'agente des visas de rejeter la demande de résidence permanente au Canada—Demande rejetée—Le requérant, citoyen de Hong Kong, a demandé la résidence permanente en tant qu'«entrepreneur», ayant l'intention d'ouvrir une entreprise d'affaires et de voyages à Vancouver—À l'entrevue, le requérant a été vague quant aux entreprises projetées et à leur viabilité—L'agente n'a pas eu tort d'importer dans la définition d'entrepreneur l'exigence de présenter un plan commercial ayant fait l'objet de recherches—C'est à juste titre et de façon appropriée que l'agente s'est demandé si le requérant pouvait établir une entreprise commerciale qui emploierait des gens et contribuerait de façon significative à l'économie canadienne—L'agente n'a pas méconnu toute l'expérience professionnelle du requérant lorsqu'elle l'a apprécié comme entrepreneur—L'agente n'a pas eu tort d'apprécier le requérant selon la partie B de la définition d'entrepreneur, puisqu'il n'y a pas lieu d'apprécier la capacité du requérant de gérer une entreprise selon la partie B si le requérant n'a pas convaincu l'agente qu'une entreprise peut être établie selon la partie A de la définition—L'agente n'a pas manqué à l'obligation d'équité en n'avisant pas le requérant de sa découverte selon laquelle Vancouver était le territoire d'environ 200 agences de voyage—Le fait est que le requérant ne savait pas si des agences se spécialisaient dans des voyages au Vietnam et n'avait aucune idée de la concurrence et de la façon dont il pourrait l'affronter efficacement—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 2 (mod. par DORS/92-101; 93-44).

CHIU C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1260-96, juge Simpson, ordonnance en date du 13-11-96, 7 p.)

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE**SECTION D'APPEL**

Requête en transfert à la Section de première instance du recours en contrôle judiciaire contre une décision qu'a rendue le président de la Commission des relations de travail dans la fonction publique en application de l'art. 66 de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique (la Loi)—L'art. 28(1*i*) de la Loi sur la Cour fédérale habilite la Cour d'appel fédérale à connaître des recours en contrôle judiciaire contre la CRTFP—Requête accueillie—La Commission et son président sont des entités distinctes—On ne peut présumer que ce dernier s'identifie avec la Commission lorsqu'il exerce ses fonctions sous le régime de l'art. 66—L'art. 2 de la Loi définit séparément «Commission» et «président»—Il n'y a aucune disposition générale prévoyant que le président peut, à lui seul, exercer les fonctions de la Commission—Rien n'indique que la Commission ait constitué le président pour faire fonction de section (c'est-à-dire au nom de la Commission) aux fins de l'art. 66—Il ressort des termes des art. 64 à 66 qu'aucun pouvoir n'a été délégué à la Commission elle-même pour rendre les décisions (si décisions il y a) visées à l'art. 66(1)—Le législateur a nettement distingué entre les fonctions de la Commission et celles de son président—Il n'y a aucune fonction de la Commission qui puisse être déléguée au président, dont la décision en la matière serait susceptible de contrôle judiciaire à titre de décision de la Commission—Application de l'arrêt *Doyon c. Commission des relations de travail dans la fonction publique*, [1979] 2 C.F. 190 (C.A.)—La décision en cause du président n'est pas une décision de la CRTFP et n'est par conséquent pas susceptible de contrôle par la Cour d'appel—Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 64, 65, 66 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 54)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28(1*i*) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8).

CANADA (COMMISSION DE LA CAPITALE NATIONALE) C.
ALLIANCE DE LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA
(A-717-96, juge Strayer, J.C.A., ordonnance en date du
28-11-96, 4 p.)

SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle un arbitre a statué que le requérant n'était pas le preneur d'une terre arable et n'avait donc pas le droit d'avoir part au paiement de transition prévu par la Loi sur les paiements de transition du grain de l'Ouest (la Loi)—Question préliminaire de compétence—Il fallait déterminer si l'arbitre était un office fédéral au sens de l'art. 2 de la Loi sur la Cour fédérale et, partant, si la Cour fédérale n'avait pas compétence pour statuer sur la demande—Le Règlement pris aux termes de la Loi prévoit un mécanisme d'arbitrage et que

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

—Fin

l'arbitre est autorisé à rendre une décision exécutoire établissant les modalités d'une entente équitable pour la répartition du paiement de transition entre le propriétaire et le preneur—Il fallait déterminer si l'arbitre exerçait les pouvoirs d'un office fédéral lorsqu'il a conclu que le requérant n'était pas un preneur au sens du Règlement—Application de l'arrêt *ITO-International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752: il doit y avoir une attribution de compétence par le législateur fédéral; il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales essentiel à la solution du litige et qui constitue le fondement de l'attribution légale de compétence, et la loi invoquée dans l'affaire doit être une loi du Canada—Lorsque l'arbitre a statué que le requérant n'était pas un preneur, il n'agissait pas en tant qu'office fédéral puisqu'il n'exerçait pas une compétence attribuée par une loi fédérale—La question de savoir si le requérant était un preneur était une question préliminaire fondamentale ou une condition préalable à l'exercice de la compétence qui lui était attribuée par la Loi—Le Règlement habilite l'arbitre à établir les modalités d'une entente équitable mais non à déterminer si le requérant est un preneur—Cette compétence ne peut pas être attribuée à la Cour fédérale par consentement—La Cour fédérale n'a donc pas compétence pour entendre la demande de contrôle judiciaire—Demande rejetée—Loi sur les paiements de transition du grain de l'Ouest, L.C. 1995, ch. 17, annexe II—Règlement sur les paiements de transition du grain de l'Ouest, DORS/95-314—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1), 18.1 (édicte. *idem*, art. 5).

PFRIMMER C. CANADA (ARBITRE NOMMÉ AUX TERMES
DE LA LOI SUR LES PAIEMENTS DE TRANSITION DU
GRAIN DE L'OUEST) (T-1049-96, juge Rothstein, ordon-
nance en date du 12-11-96, 7 p.)

DOUANES ET ACCISE**LOI SUR LA TAXE D'ACCISE**

Appels de la décision du Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) ayant accueilli l'appel interjeté à l'égard d'avis de détermination du MRN—Le TCCE a statué que les «articles de représentation en question» étaient exempts de la taxe de vente fédérale aux termes de l'art. 29(1) de la Loi sur la taxe d'accise et de l'art. 4, partie XIII, annexe III de la Loi—Les périodes pertinentes aux fins de l'action vont d'avril 1984 à mai 1985 et de mai 1986 à avril 1988—La question en litige concerne l'interprétation de l'art. 4, savoir si les articles de représentation en question «ont été fabriqués ou importés par le fabricant ou producteur ou vendus à celui-ci pour servir exclusivement à la fabrication ou à la production d'imprimés»—Les fournisseurs dont la défende-

DOUANES ET ACCISE—Suite

resse, une agence de publicité, a retenu les services ont fabriqué des articles de représentation à l'aide de dessins, d'illustrations ou de films ainsi que des directives émanant de la défenderesse—Les différents fournisseurs ont vendu les articles de représentation à la défenderesse sans facturer la taxe de vente fédérale, conformément à des certificats d'exemption que la défenderesse leur fournissait—La défenderesse remettait les articles de représentation sans frais aux imprimeurs qui s'en servaient pour fabriquer tant des imprimés assujettis à la taxe de vente fédérale (imprimés taxables) que des imprimés exempts de ladite taxe—L'appel concernait seulement les articles de représentation qui ont servi uniquement à fabriquer des imprimés taxables—Les imprimés taxables fabriqués par les imprimeurs à partir des articles de représentation en question étaient ensuite vendus à la défenderesse par les imprimeurs, qui remettaient la taxe de vente fédérale sur le prix de vente facturé à la défenderesse à l'égard des imprimés taxables ainsi vendus—Le prix de vente des imprimés ne comprenait aucun montant au titre du coût des articles de représentation en question—La défenderesse revendait ensuite les imprimés taxables à ses clients sans verser la taxe de vente fédérale à l'égard de cette vente—La défenderesse a également vendu les articles de représentation en question à ses clients—Lorsqu'elle vendait les articles de représentation en question à ses clients, la défenderesse remettait un montant identifié comme la taxe de vente fédérale, lequel montant était calculé sur la somme qu'elle facturait à ses clients à l'égard des articles de représentation en question—Par la suite, la défenderesse a soumis au MRN des demandes de remboursement à l'égard de la partie du montant qu'elle a versé au titre de la taxe de vente fédérale attribuable à la différence entre le prix qu'elle facturait à ses clients pour lesdits articles et le coût de ceux-ci pour elle et a effectivement obtenu ce remboursement—La défenderesse demande maintenant un remboursement de la partie de la taxe de vente fédérale versée à l'égard des articles de représentation en question, calculée sur le coût de ceux-ci pour elle, apparemment au motif que les articles de représentation servant exclusivement à la fabrication d'imprimés taxables sont exempts de taxe sans autre condition—Appel rejeté—Une partie des remboursements réclamés sont prescrits—L'art. 4 sous sa forme actuelle a toujours été une disposition distincte de l'annexe et a toujours été formulé différemment de la disposition concernant le matériel de production—Le sens clair de l'art. 4 est celui que propose la défenderesse alors que la demanderesse voudrait ni plus ni moins convaincre la Cour de modifier le texte législatif en ajoutant le mot «lui» avant le mot «servir» de l'art. 4—Le sens de l'art. 4 ne peut être déterminé de façon isolée: lord Herschell dans *Colquhoun v. Brooks* (1889), 14 A.C. 493 (H.L.), à la page 506—L'absence de termes restrictifs comme «lui servir» ou «pour son propre usage» à l'art. 4 démontre de façon non équivoque que le législateur désirait que cette disposition reçoive une interprétation large—Le principe selon lequel les tribunaux ne sont pas autorisés à insérer des

DOUANES ET ACCISE—Fin

mots dans les textes de loi est un principe d'interprétation législative fondamental—Les termes «lui servir» ou «pour son propre usage» qui figurent dans d'autres dispositions de l'annexe III ne se trouvent pas à l'art. 4—Cela ne traduit pas un manque d'harmonie avec le reste de la Loi ou avec l'objet et l'esprit de celle-ci—L'art. 4 est clair et n'exige aucune autre interprétation—Comme la taxe de vente fédérale est une taxe relative à un seul événement qui doit être payée à la date de la première vente ou lors de l'importation de marchandises taxables, la vente subséquente par la défenderesse à ses clients n'est pas pertinente—L'«usage» dans le cadre de l'annexe III n'équivaut pas à un usage physique—En conséquence, les articles de représentation en question ont été «fabriqués par le fabricant . . . ou vendus à celui-ci . . . pour servir exclusivement à la fabrication . . . d'imprimés»—Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 51(1), annexe III, partie XIII, art. 4.

CANADA C. TOM BAIRD & ASSOCIATES LTD. (T-2869-92, juge McKeown, jugement en date du 8-10-96, 15 p.)

DROIT MARITIME

PILOTAGE

Action en réclamation de droits de pilotage concernant les activités du remorqueur *Techno-Venture* et de la barge *Jean-Raymond* sur le fleuve St-Laurent—Les fiches de pilotage et les factures correspondantes se regroupent en trois catégories, totalisant 38 653,98 \$—La demanderesse prétend avoir droit au paiement de ces factures en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par la Loi sur le pilotage, le Règlement de l'Administration de pilotage des Laurentides et les tarifs fixés par les règlements—Les défenderesses refusent de payer le montant réclamé parce qu'elles se disent exemptées de l'obligation de prendre à bord les pilotes de la demanderesse—La Loi sur le pilotage a constitué des Administrations de pilotage, dont la demanderesse, à qui elle a confié la mission de «mettre sur pied, faire fonctionner, d'entretenir et de gérer, pour la sécurité de la navigation, un service de pilotage efficace dans la région . . .» afférente à chacune d'elles—Aux termes de l'art. 4(3)d) du Règlement de l'Administration de pilotage des Laurentides, le remorqueur *Techno-Venture* n'était pas assujéti au pilotage obligatoire sauf dans les cas prévus à l'art. 4(4), lorsque l'utilisation du navire risque de compromettre la sécurité de la navigation—Comme la demanderesse n'a pas fait la preuve de l'existence de l'une des situations énoncées à l'art. 4(4)a), b) ou c), le remorqueur de la demanderesse n'était pas assujéti au pilotage obligatoire et l'action de la demanderesse, à cet égard, est irrecevable—Quant à la barge *Jean-Raymond* une barge non propulsée, non armée d'un capitaine ou d'officiers canadiens et pas même munie d'équipements nécessaires à la navigation, elle ne peut être assujéti au pilotage obligatoire—Il semble y avoir impossibilité

DROIT MARITIME—Fin

physique d'y loger un pilote—Le Règlement, vague et imprécis, n'a pas pour effet d'assujettir de telles barges au pilote obligatoire—Un remorqueur et une barge ne deviennent pas tous deux assujettis au pilotage obligatoire du fait même qu'ils naviguent ensemble—Action rejetée—Loi sur le pilotage, L.R.C. (1985), ch. P-14—Règlement de l'Administration de pilotage des Laurentides, C.R.C., ch. 1268, art. 4.

ADMINISTRATION DE PILOTAGE DES LAURENTIDES C.
TECHNO-NAVIGATION LTÉE (T-260-94, juge Denault,
jugement en date du 11-12-96, 7 p.)

EXTRADITION

Requête en ordonnance portant annulation de la décision d'extradition aux États-Unis et en libération du requérant du Centre de prévention Parthenais par application de l'art. 24(1) de la Charte—Requérant recherché en Floride sous cinq chefs d'accusation graves, dont le meurtre au premier degré—Dans des procédures d'*habeas corpus*, les juges canadiens saisis se sont assurés que le fugitif était bien la personne recherchée par l'État requérant, que l'infraction en question était bien un crime donnant lieu à l'extradition, et qu'il y avait des preuves suffisantes pour justifier l'incarcération—Le processus d'extradition comporte donc deux phases distinctes: en premier lieu, il y a la phase judiciaire devant le juge de l'extradition qui examine si les points de fait et de droit sont tels qu'il y a lieu à mandat de dépôt—La seconde phase, politique, relève de la compétence du ministre, qui doit examiner les moyens de défense du fugitif au regard des obligations que le Canada tient d'un traité international (le Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique)—Il échet d'examiner si les motifs de recours contre la décision du ministre portent sur un «vice de fond»—Demande rejetée—Le juge de l'extradition ne s'est pas conformé aux prescriptions de la loi, faute d'avoir envoyé un rapport au ministre, de lui avoir communiqué une copie certifiée conforme des éléments de preuve, du mandat étranger ou de la dénonciation ou plainte, ainsi qu'un certificat d'incarcération et une copie des pièces ou transcriptions de témoignages—Cependant, la Loi ne dit nulle part que le défaut de transmettre ces documents est un motif d'annulation de l'arrêté d'extradition—Le simple fait qu'un rapport n'a pas été transmis ne constitue pas un vice de fond qui invalide la décision subséquente du ministre, lequel disposait déjà de la plupart des documents nécessaires—L'argument que le mandataire du procureur général du Canada n'a pas été dûment retenu par le gouvernement des États-Unis n'est pas fondé, puisque selon un usage de longue date au Canada, pareils mandataires représentent l'État requérant dans les procédures d'extradition—L'argument que le mandataire de l'État requérant a fait preuve de préjugé faute d'avoir produit toutes les preuves n'est pas fondé, puisque ce dernier n'y est pas tenu—Il lui suffit de produire assez de preuves pour constituer un dossier apparemment fondé—L'allégation de parjure faite contre le témoin ne présente aucun intérêt pour le ministre; elle

EXTRADITION—Fin

pourrait être un facteur dans le contexte du procès éventuel—L'argument que l'infraction (*felony murder*) dont le requérant est inculpé aux États-Unis n'est plus un crime au Canada n'est pas valable—L'art. 2 du Traité ne vise pas nommément l'infraction reprochée, mais le fait commis par le fugitif—Le verdict de double criminalité relève du juge de l'extradition, et non du ministre—Quant à l'argument que le mandat de dépôt est invalide, le ministre n'est pas habilité à contrôler le mandat décerné par le juge de l'extradition et la Cour fédérale n'a pas de pouvoir de contrôle judiciaire à l'égard des décisions d'une cour supérieure du Québec—L'allégation d'identification fautive n'est pas fondée—Contrairement aux prétentions du requérant, le ministre n'est pas tenu de le protéger en tout état de cause—Le requérant était dûment représenté devant les tribunaux canadiens et ses droits d'appel dûment exercés—Que la seconde mise en accusation ait eu ou non pour effet juridique d'annuler la première ordonnance de prise de corps, voilà une question qui relève de la justice de l'État requérant, et non du ministre de la Justice—Il s'ensuit que le défaut par le ministre de considérer la lettre de l'avocat du requérant, qui conteste la validité de la seconde mise en accusation, ne constitue pas un vice de fond—L'art. 9 du Traité ne dit nulle part que les documents afférents à la demande d'extradition doivent être transmis par la voie diplomatique—Le ministre n'a pas pour responsabilité de contrôler les agissements du poursuivant américain de l'État de Floride ou de son représentant, qui est un fonctionnaire du ministère de la Justice du Canada—Que le signalement donné du fugitif dans la demande d'extradition des États-Unis soit fautif ou non, le juge de l'extradition a identifié le requérant comme étant le fugitif recherché par les autorités américaines et, dans le cadre de l'extradition, sa décision est valide—La livraison n'est pas refusée puisque les autorités poursuivantes compétentes de la Floride ont fait savoir qu'elles ne requerraient pas la peine de mort contre le requérant—L'extradition d'une personne ne vaut pas violation des droits que lui garantit l'art. 7 de la Charte, à condition que cette extradition soit conforme aux principes de justice fondamentale—S'il est vrai que le dossier monté par les autorités américaines fourmille de contradictions, d'incohérences, voire de faux témoignages, le requérant aura la possibilité de le prouver devant la juridiction compétente—Entre-temps, l'État requérant a présenté des éléments d'information suffisants pour constituer un commencement de preuve justifiant l'extradition, et le requérant n'a pu faire valoir aucun vice de fond pour annuler la décision du ministre—Traité d'extradition entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique, 3 décembre 1971, [1976] R.T. Can. n° 3—Loi sur l'extradition, L.R.C. (1985), ch. E-23—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 24.

DESFOSSÉS C. CANADA (MINISTRE DE LA JUSTICE)
(T-1945-95, juge Dubé, ordonnance en date du
16-10-96, 21 p.)

FONCTION PUBLIQUE

FIN D'EMPLOI

Appel d'une recommandation de renvoi pour incompétence aux termes de l'art. 31 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique—Lors de l'audition de son appel, l'appelant a présenté une preuve médicale portant qu'au moment de la recommandation, et durant au moins les deux années précédentes, il souffrait, à son insu, d'une dépression qui le rendait incapable de remplir les fonctions de son poste—Le comité d'appel a erré en droit lorsqu'il a confondu l'existence de certains faits et la connaissance de ces mêmes faits—La dépression dont souffrait l'appelant existait, selon la preuve médicale, depuis 1990, longtemps avant la date de la recommandation de renvoi—La connaissance de ce fait n'a été acquise qu'en juillet 1993, quelques mois après la recommandation—Le comité d'appel aurait dû en tenir compte, non pas pour «blâmer» le Ministère mais pour apprécier le bien-fondé de la recommandation—Appel accueilli—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 31.

LABONTÉ C. CANADA (PRÉSIDENT DU COMITÉ D'APPEL INSTITUÉ EN VERTU DE LA LOI SUR L'EMPLOI DANS LA FONCTION PUBLIQUE) (A-30-95, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 29-11-96, 4 p.)

FORCES ARMÉES

Droits de la personne—Exigence professionnelle justifiée (EPJ)—Demande de contrôle judiciaire contre la décision du TCDF concluant que la norme d'acuité visuelle sans verres correcteurs, applicable aux candidats au Programme de formation des officiers de la Force régulière des FAC, qui se proposent de s'inscrire aux études universitaires de physiothérapie sous le parrainage de ces dernières, ne représente pas une EPJ au sens de l'art. 15a) de la Loi canadienne sur les droits de la personne—Demande accueillie—Vu les causes *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canada (Forces armées)*, [1994] 3 C.F. 188 (C.A.), où il a été jugé que la norme d'acuité visuelle sans verres correcteurs des FAC était une EPJ à l'égard du candidat au poste, à pourvoir par enrôlement direct, de musicien au sein des FAC, et *Canada (Procureur général) c. Robinson*, [1994] 3 C.F. 228 (C.A.), la norme d'acuité visuelle sans verres correcteurs est celle qu'applique le PFOR des FAC—La Loi sur la défense nationale prévoit que les membres de la force régulière sont «soldats avant autre chose» et qu'ils sont assujettis au service armé—La norme d'acuité visuelle représente une EPJ au regard du critère du «risque suffisant» pour l'intimée elle-même, pour ses compagnons d'armes au sein des FAC et pour le public—Affaire renvoyée pour nouvelles instruction et décision conformes aux présents motifs—Questions subsidiaires: le Tribunal n'a manqué ni à son obligation d'équité ni aux principes de justice naturelle en se fondant sur la

FORCES ARMÉES—Fin

décision rendue par un autre Tribunal après que les FAC eurent fini de présenter leurs arguments, et ce sans préavis aux parties et sans leur avoir donné la possibilité de présenter d'autres conclusions ou de produire d'autres preuves en réponse à la décision de l'autre Tribunal, puisque le requérant, qui était une partie devant celui-ci, avait la faculté de présenter d'autres conclusions mais ne l'a pas fait—Si les décisions du Tribunal devaient tenir, il n'y aurait aucune raison de réformer son ordonnance car donner à l'intimée une autre possibilité d'emploi serait onéreux pour les FAC—À l'art. 53 LCDP, l'indemnité de 5 000 \$ comprend l'intérêt—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 15 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 32, art. 41), 53—Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. HEBERT (T-2273-93, le juge Gibson, ordonnance en date du 12-11-96, 13 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

CALCUL DU REVENU

Appel d'un jugement par lequel la C.C.I. a accueilli l'appel de la défenderesse à l'encontre de la confirmation d'une nouvelle cotisation d'impôt se rapportant à son année d'imposition 1985, portant que le montant de 400 000 \$, qui constitue un «paiement d'incitation à la location», soit retranché du revenu de la défenderesse—La défenderesse a reçu un paiement de 400 000 \$ pour l'inciter à conclure le bail afin d'établir son siège social—La défenderesse avait le droit d'utiliser le paiement d'incitation comme bon lui semblait—Appel accueilli—*Ikea Ltd. c. La Reine* (1993), 94 DTC 1112 (C.C.I.) appliquée—Les lieux utilisés comme siège social ont tout autant d'importance pour l'entreprise d'une société à responsabilité limitée que les locaux utilisés pour la vente en gros et au détail—Un paiement d'incitation à la location constitue un revenu devant être inclus dans le revenu de la contribuable pour l'année de réception dudit paiement—Distinction faite avec certains arrêts favorables aux contribuables, dans lesquels les paiements d'incitation à la location étaient, selon les stipulations des baux, directement liés aux améliorations locatives que les locataires devaient apporter—La défenderesse n'est pas liée par les dispositions des bulletins en matière d'impôt sur le revenu—Le fait que la Loi de l'impôt sur le revenu ait été modifiée peu de temps après la transaction en question en l'espèce pour inclure les paiements d'incitation dans le revenu ne veut pas dire que, à la date pertinente, le paiement d'incitation ne constituait pas une recette au titre du revenu.

CANADA C. TCG INTERNATIONAL INC. (T-152-94, juge Gibson, jugement en date du 22-10-96, 8 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

Déductions

Appel d'une décision de la C.C.I. qui rejetait l'appel de la demanderesse relativement à un avis de nouvelle cotisation établi pour l'année d'imposition 1983—La demanderesse est une entreprise d'assurance-collective—Depuis le 1^{er} janvier 1976, la demanderesse et Assurance-vie Desjardins sont, en vertu d'un contrat-cadre d'assurance collective, co-assureurs dans une proportion respective de 75% et 25%—La formule du crédit de ristourne vise à retourner aux assurés les surplus ou profits réalisés au cours d'une période d'assurance—L'excédent constitue un surplus et doit, selon l'art. 3.1 de l'annexe 1 du contrat-cadre, être déposé dans un fonds de stabilisation—Pour son exercice financier de 1983, la demanderesse a établi, à titre de dépense, une ristourne de l'ordre de 820 907 \$ devant être retournée aux assurés—Le ministre du Revenu national a refusé la déduction—Le litige porte sur l'interprétation de l'art. 140c) de la Loi de l'impôt sur le revenu—La ristourne a-t-elle été portée au crédit du compte de l'assuré en 1983 ou dans les 12 mois qui suivirent?—L'expression «porter au crédit» ou «créditer» désigne une opération par laquelle une personne met une somme d'argent à la disposition d'une autre—Le seul fait que la somme de 820 907 \$ apparaît au passif de la demanderesse et porte intérêt ne permet pas de conclure que, en 1983, elle se trouvait effectivement à la disposition de l'assuré—Le preneur (pour son assuré) n'avait aucun contrôle sur cette somme en 1983 ou dans les 12 mois qui ont suivi—La somme en question n'est qu'une «illustration d'expérience»—Le montant approximatif pour l'année 1983 était cumulatif avec celui des années précédentes de sorte que le montant exact de la ristourne ne pouvait être définitivement connu qu'à la fin de la période d'assurance—Le fait qu'une somme soit incluse au passif comme «provision pour ristourne» n'est pas, en soi, un geste positif suffisant pour permettre de conclure que cette somme a effectivement été portée au crédit du compte de l'assuré—Appel rejeté—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 140c).

MUTUELLE DES FONCTIONNAIRES DU QUÉBEC C. CANADA (T-2188-88, juge Tremblay-Lamer, jugement en date du 28-11-96, 9 p.)

Entreprise agricole

Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt confirmant une nouvelle cotisation visant les années 1982 à 1985 qui ne tenait pas compte des déductions pour pertes agricoles—Même si le juge de la Cour canadienne de l'impôt a rendu des conclusions favorables à l'égard du demandeur sur de nombreux facteurs importants, il a accordé un poids extraordinaire à la comparaison en terme de valeur monétaire entre les revenus tirés par le demandeur de son emploi d'enseignant et de l'exploitation d'une entreprise agricole—Appel accueilli—Distinction faite avec *Wilson, J. B. c. La Reine* (1994), 94 DTC 6645 (C.F. 1^{er}

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

inst.) en ce qui concerne les faits—Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a commis une erreur parce qu'il n'a pas tenu compte de l'importance de l'ensemble des conclusions favorables auxquelles il était arrivé—En ce qui a trait aux conclusions de fait auxquelles est arrivé le juge, je conclus que, au cours des années d'imposition visées, le centre des activités psychologique, physique et professionnelle du demandeur était l'exploitation agricole et non l'enseignement—L'enseignement ne constituait qu'un appui essentiel aux efforts fructueux du demandeur en matière d'exploitation agricole—Aux fins d'impôt sur le revenu, le demandeur était un agriculteur et non un enseignant.

PHILLIPS C. CANADA (T-3122-92, juge Campbell, ordonnance en date du 29-10-96, 11 p.)

NOUVELLE COTISATION

Appel d'un jugement rendu en première instance décrétant que le ministre a le droit d'établir une nouvelle cotisation plus de quatre ans après la cotisation initiale—Le contribuable du contribuable a déclaré le montant total des gains en capital imposables en se fondant sur une décimale mal placée, apparaissant dans les documents de travail joints à la déclaration—Une nouvelle cotisation a été établie, sans contester le montant des gains en capital—Après l'expiration du délai de quatre ans suivant la date de la cotisation, le ministre a établi une nouvelle cotisation, rectifiant l'erreur—L'art. 152(4)a) de la Loi de l'impôt sur le revenu oblige le ministre à prouver que le contribuable a fait «une présentation erronée des faits, par négligence, inattention ou omission volontaire»—Le juge de première instance a décrété que le contribuable avait fait une présentation erronée de faits et qu'il en était responsable—L'appel a été rejeté—Selon une lettre de Revenu Canada, datant de deux mois avant l'expiration du délai de prescription de quatre ans, le ministre était au courant des faits réels—C'est au moment où la déclaration est produite que l'on peut déterminer s'il y a eu présentation erronée de faits par négligence ou inattention en remplissant la déclaration—Des faits ont été présentés erronément s'il se trouve dans la déclaration un élément inexact, important pour les fins de la déclaration ainsi que de toute nouvelle cotisation ultérieure—Cela demeure une présentation erronée de faits même si le ministre pourrait relever ou relève effectivement l'erreur dans la déclaration en procédant à une analyse attentive des documents justificatifs—Le caractère autodéclaratif du régime fiscal serait miné si les contribuables pouvaient remplir avec négligence les déclarations tout en fournissant dans les documents de travail des données de base exactes, dans l'espoir que le ministre ne trouve pas l'erreur mais que, si cela arrivait dans les quatre années suivantes, la pire conséquence serait l'établissement, à ce moment-là, d'une nouvelle cotisation exacte—Il importe peu que le ministre puisse, malgré la présentation erronée de faits dans la déclaration, déterminer les faits véridiques avant l'expiration

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

du délai de prescription—La déclaration fautive constituait une présentation erronée de faits au sens de l'art. 152(4a)(i)—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 152(4a)(i).

NESBITT C. CANADA (A-54-96, juge Strayer, J.C.A., jugement en date du 15-11-96, 6 p.)

LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES

Demande de *certiorari* contre la Commission des libérations conditionnelles et le procureur général afin d'annuler la décision prise par la division d'appel de la Commission confirmant la décision de la Commission de ne pas octroyer la libération conditionnelle au requérant dans le cadre de la procédure dite «examen expéditif»—La Commission lui a reproché ses liens avec les Hell's Angels et conclu qu'il commettrait une infraction accompagnée de violence dans l'éventualité de sa libération—La division d'appel a jugé que la Commission avait respecté les principes de justice naturelle et que la décision de la Commission était raisonnable—Demande rejetée—La Commission n'a pas erré en tenant compte d'accusations dont le requérant avait été libéré car elle peut, en vertu de l'art. 125(3), tenir compte de tous renseignements pertinents incluant ceux qui sont susceptibles de révéler une propension à la violence—La Commission était en droit de retenir toute l'information dont elle disposait quant au comportement et aux agissements des groupes de motards criminalisés, y compris sa propre expertise à cet égard—Selon la preuve, la Commission était en droit de conclure que le requérant n'avait pas fait la démonstration d'une rupture définitive avec les membres de ces groupes—Il est faux de prétendre que la Commission a assujéti le requérant à un fardeau insurmontable car il demeure en mesure, le cas échéant, de démontrer par son comportement qu'il a rompu de fait les liens qui le relie aux groupes de motards criminalisés s'il décide de le faire—La Commission a eu raison, compte tenu de la preuve, de conclure à l'existence de motifs raisonnables de croire qu'il pourrait commettre une infraction accompagnée de violence s'il était libéré avant l'expiration légale de sa peine—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 125(3).

NORMAND C. CANADA (COMMISSION DES LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES) (T-1080-96, juge Noël, ordonnance en date du 6-12-96, 13 p.)

PÊCHES

Requête en annulation d'une décision du ministre des Pêches et Océans assujettissant le permis de pêche au crabe des neiges du requérant à une réduction de quota—Ce dernier est un pêcheur qui détenait, pour l'année 1994, un

PÊCHES—Fin

permis l'autorisant à pêcher le crabe des neiges—Aux termes d'un rapport d'infraction, préparé le 12 juillet 1994, on a reproché au requérant d'avoir contrevenu à l'art. 34(2) du Règlement de pêche et à l'art. 56(1) du Règlement de pêche de l'Atlantique en rejetant à la mer des poissons de taille commerciale et en utilisant des casiers à crabe non étiquetés—En vertu des art. 7 et 9 de la Loi sur les pêches, le directeur général, région de Québec, du ministère des Pêches et Océans a réduit de 10,000 livres le quota de pêche au crabe des neiges du requérant pour l'année 1995—Dans l'affaire *Matthews c. Canada (Procureur général)*, [1997] 1 C.F. 206 (1^{re} inst.), il a été jugé qu'aucune des conditions prévues à l'art. 22 du Règlement de pêche n'incluait l'imposition de sanctions pour violation des conditions de permis—Le fait pour le ministre de tenter de punir un pêcheur en assujettissant le renouvellement de son permis au respect de certaines conditions est contraire à l'esprit de l'art. 7 de la Loi—Le législateur a prévu une gamme de pénalités qui peuvent être imposées par une cour de justice et qui offrent toutes les garanties procédurales se rattachant au processus judiciaire—Le ministre a excédé sa juridiction en utilisant son pouvoir discrétionnaire pour une fin autre que celle voulue par le législateur—Sa décision était déraisonnable—Pour déterminer le caractère raisonnable d'une décision de l'administration, il faut regarder les bases sur lesquelles la décision a pu être prise et ses sources—La politique émise par le Ministère prévoit certaines normes qui doivent être suivies par l'agent lors de la préparation du dossier d'infraction—Rien n'indique en l'espèce que ces normes ont été suivies—Il n'y a aucun indice des bases sur lesquelles la sanction a été prise de sorte que celle-ci apparaît totalement arbitraire et manifestement déraisonnable—Requête accueillie—Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 7, 9—Règlement de pêche (dispositions générales), DORS/93-53, art. 22, 34(2)—Règlement de pêche de l'Atlantique de 1985, DORS/86-21, art. 56(1).

THIBEAULT C. CANADA (MINISTRE DES PÊCHES ET DES OCÉANS) (T-341-95, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 18-10-96, 14 p.)

PRATIQUE**FRAIS ET DÉPENS**

Action intentée contre C.T.O. International Limited accueillie; action intentée contre Uican International S.A. rejetée—Les demandesses cherchent à obtenir des intérêts calculés aux taux commerciaux—Comme la règle prévue à l'art. 36 de la Loi sur la Cour fédérale, qui prévoit que la question des intérêts avant jugement est rögic par les règles de droit en vigueur dans la province où le fait générateur est survenu, ne s'applique pas aux causes maritimes, le juge de première instance conserve son pouvoir discrétionnaire d'accorder des intérêts avant jugement calculés à un taux

PRATIQUE—Suite

approprié—Comme les demanderessees n'ont pas fourni de preuves relativement aux taux, la Cour a accordé les intérêts calculés au taux légal de 5 p. 100—L'art. 37(1) prévoit que la question des intérêts après jugement est régie par les règles de droit en vigueur dans la province où le fait générateur est survenu, c.-à-d. le Québec—L'art. 1619 du Code civil du Québec prévoit que le demandeur ayant gain de cause a droit à une indemnité équivalant à la différence entre le taux convenu par les parties et, à défaut d'entente, le taux légal et le taux d'intérêt fixé en application de l'art. 28 de la Loi sur le ministère du Revenu—Le demandeur qui veut obtenir l'indemnité supplémentaire doit la demander à la Cour dans ses plaidoiries écrites—Le demandeur n'a toutefois pas à plaider ou prouver un taux d'intérêt particulier étant donné que la Cour a connaissance d'office de ces taux, que la province fixe par règlement—Comme elles n'avaient pas demandé l'indemnité supplémentaire dans leur déclaration, les demanderessees ont demandé de modifier leur déclaration pour le faire—Comme le jugement n'était pas encore rendu sur la question des taux d'intérêt, la requête a été accueillie—Comme il n'y avait aucune raison de ne pas accorder une indemnité supplémentaire, les demanderessees ont droit à des intérêts calculés au taux de 5 p. 100 sur le montant accordé par jugement ainsi qu'à une indemnité de 5 p. 100 en plus du taux d'intérêt légal—En tant que partie ayant obtenu gain de cause, Unican a droit aux dépens—Une ordonnance Sanderson permettant à Unican d'obtenir le paiement des dépens de C.T.O. n'est pas appropriée—Les propositions contenues dans les lettres de C.T.O. du 23 novembre 1990 et du 18 septembre 1995 ne sont pas des offres de règlement au sens des art. 344(3)g) et 344.1 des Règles de la Cour fédérale—Dans la lettre du 23 novembre, l'avocat propose simplement de faire une recommandation à sa cliente—L'acceptation de la proposition, dans la lettre de septembre, n'aurait pas donné lieu au règlement du litige—Pour en arriver à un règlement entre les demanderessees et C.T.O., il fallait une entente entre C.T.O. et Unican—Les conditions contenues dans la lettre de septembre constituaient le fondement d'une éventuelle entente entre les défenderesses—C.T.O. ayant omis d'obtenir le consentement d'Unican avant de faire sa proposition dans la lettre de septembre, cette proposition ne constituait pas une offre de règlement—Une ordonnance Bullock est appropriée dans les circonstances—C.T.O. ayant adopté, avant et pendant le procès, le point de vue selon lequel elle agissait en tant que mandataire d'Unican, il n'était pas déraisonnable que les demanderessees poursuivent les deux défenderesses et poussent l'action ainsi intentée contre elles jusqu'au procès—Il est ordonné à C.T.O. de rembourser aux demanderessees les dépens qu'elles devront payer à Unican—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 344(3)g) (mod. par DORS/87-221, art. 2), 344.1 (édicte par DORS/94-41, art. 3), 420—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 36 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 9), 37 (mod., *idem*)—Code civil du Québec, art. 1619—Loi sur le ministère du Revenu, L.R.Q., ch. M-31, art. 28.

ALCAN ALUMINIUM LTD. C. UNICAN INTERNATIONAL S.A. (T-1217-90, juge Nadon, ordonnance en date du 25-9-96, 11 p.)

PRATIQUE—Suite

Le requérant a refusé de donner un échantillon suffisant d'urine—Il a été déclaré coupable de refus de donner un échantillon d'urine après en avoir reçu l'ordre conformément à l'art. 54a) de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition—Amende de 35 \$—Recours en contrôle judiciaire contre le verdict de culpabilité—Se pourvoir en justice pour une affaire aussi insignifiante frise l'absurdité—Un recours en contrôle judiciaire entraîne des dépenses publiques non négligeables—Le requérant fait peu de cas du fardeau qu'il impose à l'appareil judiciaire et au contribuable canadien—Dans ces conditions, la Cour a l'obligation de montrer au requérant et d'avertir les plaideurs potentiels et les avocats qu'ils ne peuvent, sans bourse délier, saisir la justice de demandes oiseuses—Le requérant est donc condamné à 300 \$ de dépens—Plaideurs potentiels et avocats doivent prendre note que des dépens plus substantiels peuvent être octroyés dans les affaires semblables à l'avenir, y compris les dépens adjugés contre les avocats personnellement—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1618 (mod. par DORS/92-43, art. 19)—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 54a).

TRUNZO C. PENITENCIER DE STONY MOUNTAIN (T-392-95, juge Rothstein, ordonnance en date du 21-11-96, 5 p.)

JUGEMENTS ET ORDONNANCES

Jugement par défaut

Appel d'une décision de la Section de première instance ordonnant radiation de la défense de la Couronne parce qu'elle n'aurait pas été déposée en temps utile—À l'origine, il s'agissait d'une requête en vue d'obtenir l'autorisation de faire enregistrer un jugement par défaut contre Sa Majesté dans une procédure pour emprisonnement illégal—La requête en jugement par défaut fut déposée après l'expiration du délai de 30 jours prévu par la Règle 402(2)a)(i), et la défense a été déposée après cela—La Règle 402(2)b)(i) permet de produire une défense tant qu'une requête pour jugement par défaut n'a pas été faite—Dans le cas où s'applique l'art. 25 de la Loi sur la responsabilité de l'État, un pareil recours doit être précédé d'un avis de quatorze jours—Dans ces cas-là, une défense peut être produite avant l'expiration de ce délai de 14 jours—En l'espèce, l'appelante a déposé sa défense trois jours après avoir reçu avis de la présentation de la requête pour jugement par défaut—Elle a donc déposé sa défense en temps utile—Le premier juge a eu tort d'en ordonner la radiation—Appel accueilli—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 402(2)a)(i), b)(i)—Loi sur la responsabilité de l'État, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 25 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 31).

CARON C. CANADA (A-136-95, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 26-11-96, 2 p.)

PRATIQUE—Suite

OUTRAGE AU TRIBUNAL

Les requérants demandent une ordonnance enjoignant à l'intimé de venir expliquer devant la Cour pourquoi il ne devrait pas être reconnu coupable d'outrage au tribunal—Ils allèguent que l'intimé a agi de façon à porter atteinte à l'autorité ou à la dignité de la Cour—Le requérant a quitté le Viêt-Nam en bateau avec son épouse et ses enfants le 19 mai 1989—À leur arrivée à Hong Kong, ils n'ont pas été retenus dans le processus de sélection en tant que réfugiés et ont été envoyés dans des camps—Le 14 juin 1989, un projet de déclaration et un plan d'action global (le plan) ont été adoptés au cours d'une conférence internationale sur les réfugiés d'Indochine; ce plan approuvait une procédure aux termes de laquelle les personnes qui étaient reconnues comme réfugiés par le pays de premier asile pouvaient se rétablir dans un tiers pays—Dans le cas de Hong Kong, ce plan s'appliquait rétroactivement jusqu'au mois de juin 1988—Le requérant pouvait se prévaloir des dispositions de parrainage pour être admis au Canada—La demande de parrainage a été déposée le 7 septembre 1989—La demande en vue d'obtenir une ordonnance obligeant l'intimé à traiter la demande de parrainage a été accueillie en appel—Après l'entrevue ayant pour but de traiter la demande de parrainage, la demande de résidence permanente au Canada a été refusée au motif que le requérant et sa famille ne seraient pas en mesure de s'établir avec succès au Canada, et qu'il n'y avait pas non plus de raisons d'ordre humanitaire pouvant justifier une décision favorable, la famille étant dans la même position que tous ceux se trouvant dans les camps fermés—La décision a été annulée au motif que le requérant n'avait pas reçu un préavis suffisant concernant l'entrevue; l'agente des visas a tenu compte d'éléments non pertinents (l'effet d'avalanche)—Après une nouvelle entrevue, la demande a été rejetée pour les mêmes raisons—La lettre de la ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration au ministre des Affaires extérieures indique que la demande de résidence permanente a été traitée en vertu des dispositions du plan—Le requérant prétend que si cette affirmation fait référence au premier traitement de la demande de parrainage, l'agente d'immigration qui a pris cette décision a fourni des renseignements inexacts à la Cour quand elle a dit, en contre-interrogatoire sur son affidavit, que le plan n'avait pas joué de rôle dans sa décision—Si cette lettre fait référence au deuxième traitement, cette décision est contraire à la directive du juge Gibson quant aux éléments qui devaient être pris en compte—Demande rejetée—La lettre est rédigée sous la forme d'un récit chronologique—Elle contient des erreurs, mais si la déclaration sur laquelle l'avocat s'appuie est exacte, il y a une certaine ambiguïté quant à savoir si elle s'applique au premier ou au deuxième traitement de la demande du requérant—Dans un procès pour outrage, la preuve doit être établie «au-delà de tout doute raisonnable»—La preuve des requérants prise isolément n'établit pas à première vue un cas d'outrage au tribunal, ce qui est le critère exigible pour

PRATIQUE—Suite

être en mesure d'obtenir une ordonnance de se justifier—Les dépens ne sont pas adjugés, non pas parce qu'il y a eu signification ou non, mais parce que la requête des requérants en vue d'obtenir une ordonnance de se justifier n'était pas frivole et qu'elle se fondait sur une lettre ambiguë, manifestement erronée à certains égards, de la part de l'intimé—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 355.

NGUYEN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3538-94, juge Reed, ordonnance en date du 13-11-96, 12 p.)

PARTIES

Intervention

Le témoignage de l'appelant devant la Commission est mis en rapport avec une procédure de contrôle judiciaire où la seule question en litige est de savoir si le président de la Commission d'enquête doit être rendu inhabile à participer à cette enquête—L'appelant n'a aucun intérêt dans l'issue de la procédure—L'appelant veut avoir l'occasion de contester l'évaluation que la Commission a faite de son témoignage—Appel rejeté—Il n'est pas permis à quelqu'un d'intervenir à cette fin—Le témoignage de l'appelant pourrait aider la Cour à trancher la question, mais c'est au requérant de la procédure judiciaire qu'il appartient de présenter toute la preuve nécessaire au soutien de sa demande—Le juge de première instance, supposant que la Commission avait compétence pour statuer sur l'habileté de son président de participer à l'enquête et que la seule question soulevée par la demande de contrôle judiciaire se rapportait à la légalité de cette décision, a décidé qu'il serait statué sur la procédure de contrôle judiciaire seulement à partir de la preuve dont disposait la Commission—La C.A.F. est d'avis que la Commission n'avait pas la compétence pour juger de l'inhabileté de son président à siéger—Lors d'une demande de contrôle judiciaire et de prohibition fondée sur une crainte raisonnable de partialité de la part d'un membre d'un tribunal, le requérant a toujours le droit de présenter, à l'appui de sa demande, tout élément de preuve tendant à établir la partialité alléguée.

BENO C. CANADA (PRÉSIDENT DE LA COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LE DÉPLOIEMENT DES FORCES CANADIENNES EN SOMALIE) (A-672-96, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 18-11-96, 3 p.)

Procédure de mise en cause

Requête en radiation d'un avis de mise en cause—Procès faisant suite au décès de Bon Kiem Tan qui est survenu par suite de la chute de celui-ci d'une échelle de coupée alors qu'il débarquait du *M.V. Pacific Brilliance*—Le navire était

PRATIQUE—Fin

amarré à un poste de mouillage qui appartenait à la Westmore Terminals Ltd., qui en assurait le fonctionnement—Tan travaillait pour la Vancouver Shipyard Co. Ltd. et était un «travailleur» au sens de la Workers Compensation Act de la Colombie-Britannique—Décès survenu en cours d'emploi—Entente au sujet de l'indemnité à verser aux demandeurs—En vertu de la Loi, la commission des accidents du travail a été subrogée aux droits des demandeurs et elle a intenté une action dans le but de recouvrer de l'argent d'autres personnes fautives—Lorsqu'un travailleur qui a subi des lésions réclame une indemnité en vertu de la Loi, la commission est subrogée dans ses droits et peut intenter une action au nom de ce travailleur—La requête en radiation de l'avis de mise en cause devrait être accueillie—Il n'y a pas de litige entre les défendeurs et les tiers—Suivant la loi et la jurisprudence, les tiers ne devraient pas être mis en cause, même conditionnellement—La procédure suivie par les défendeurs était de toute évidence injustifiée—Workers Compensation Act, R.S.B.C. 1979, ch. 437, art. 10.

TAN C. PACIFIC BRILLIANCE (LE) (T-1325-95, juge Rouleau, ordonnance en date du 21-10-96, 8 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

Demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un arbitre a conclu que les requérants n'avaient pas droit à une indemnité de départ, car aux termes de l'art. 235(2)b) du Code canadien du travail, ils n'ont pas été licenciés—Les appelants ont travaillé pour l'intimée jusqu'à ce qu'elle cesse ses activités, à la fin de l'année 1993—Les appelants satisfaisaient aux exigences en matière d'âge leur donnant droit à une pension aux termes d'un régime de pensions enregistré auquel cotise l'employeur ou à la pension accordée aux termes du Régime de pensions du Canada, mais n'ont pas demandé de prestations de retraite—À la date de leur cessation d'emploi, tous les appelants étaient disposés à exercer le même emploi—L'art. 235(2)b) prévoit que l'employeur est réputé ne pas avoir licencié l'employé dans le cas où celui-ci acquiert le droit à une pension—L'arbitre a conclu que le «droit» de recevoir une pension ne signifiait pas la «réception» proprement dite de celle-ci; le fait qu'une personne n'a pas présenté physiquement une demande en vue de recevoir une pension ne lui fait pas perdre son droit—Demande rejetée—L'arbitre n'a pas commis une erreur de compétence lorsqu'il a analysé le sens des mots «acquiert le droit . . . ou avait déjà droit» de

RELATIONS DU TRAVAIL—Fin

l'art. 235(2)b) du Code—L'interprétation de ces mots avait une importance vitale pour la décision que l'arbitre devait prendre au sujet des questions dont il était saisi et de sa compétence—Compte tenu de l'objet de la partie III du Code, le Parlement voulait qu'un arbitre soit habilité à faire l'exercice d'interprétation législative qui a été fait en l'espèce—En l'absence de preuve concernant la façon dont les fiduciaires auraient réagi face à des demandes de pension, l'arbitre n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle judiciaire lorsqu'il a présumé que les demandes de pension n'auraient pas été rejetées—Avant qu'une personne ait droit à des prestations, elle doit établir un droit manifeste à cet égard, soit un droit qui n'est assujéti à aucune condition de fond ou de procédure indépendante de la seule volonté du demandeur—Si le fait que les requérants n'étaient pas intéressés à prendre leur retraite, qui constitue une condition de fond, et le fait qu'ils n'avaient pas demandé de prestations de retraite, condition de procédure entièrement compatible avec la condition de fond, devaient l'emporter lors de l'interprétation des mots «a droit» dans le contexte de l'art. 235(2)b), les requérants conserveraient le pouvoir absolu de contourner ce que j'estime être l'intention du Parlement qui ressort de cette disposition législative—Les dispositions législatives ont pour but d'empêcher une personne de recevoir une double prestation, en l'occurrence, une indemnité de départ et une pension—L'indemnité de départ vise à offrir un dédommagement temporaire à l'égard des conséquences du chômage aux personnes qui ont une attente réelle en matière d'emploi—Les prestations de retraite visent à remplacer l'emploi dans le cas des personnes qui arrivent au terme de leurs carrières—L'erreur de l'arbitre, qui n'a pas reconnu l'existence de la preuve selon laquelle les requérants n'avaient pas pris leur retraite et ne souhaitaient pas le faire, n'est pas fatale, compte tenu de la norme élevée de contrôle judiciaire qui s'applique dans une affaire semblable à la présente demande—Vu l'absence de preuve d'une attente réelle en matière d'emploi, il était loisible à l'arbitre de conclure que les requérants, qui étaient admissibles à la pension, «avaient droit» à une pension, qu'elles veuillent ou non se prévaloir de ce droit, et qu'elles étaient donc visées par l'exception au droit à l'indemnité de départ que prévoit l'art. 235(2)b) du Code—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 235(2)b) (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 32, art. 41).

THOMPSON C. MOTORWAYS (1980) LTD. (T-2155-95, juge Gibson, ordonnance en date du 25-11-96, 10 p.)



If undelivered, return COVER ONLY to:

**Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacré-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**