



1992

**Canada
Federal Court
Reports**

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

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

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

Editorial Board

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

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

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

Legal Research Editor
LYNNE LEMAY

Production Staff

Production and Publication Officer
LAURA VANIER

Editorial Assistant
PIERRE LANDRIAULT

Secretary
DENISE CÔTÉ

Volume 1

Bureau des arrêtiistes

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

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

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

Préposée à la recherche et à la documentation
juridiques
LYNNE LEMAY

Services techniques

Préposée à la production et aux publications
LAURA VANIER

Adjoint à l'édition
PIERRE LANDRIAULT

Secrétaire
DENISE CÔTÉ

Volume 1

JUDGES OF THE FEDERAL COURT OF CANADA

(DURING THE PERIOD COVERED BY THIS VOLUME)

CHIEF JUSTICE

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

ASSOCIATE CHIEF JUSTICE

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

COURT OF APPEAL JUDGES

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

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

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

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

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

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

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

The Honourable ALICE DESJARDINS
(Appointed June 29, 1987)

The Honourable ROBERT DÉCARY
(Appointed March 14, 1990)

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

TRIAL DIVISION JUDGES

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

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

The Honourable PAUL ROULEAU
(Appointed August 5, 1982)

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

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

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

The Honourable PIERRE DENAULT
(Appointed June 29, 1984)

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

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

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

The Honourable LEONARD A. MARTIN
(Appointed October 29, 1985; Resigned October 24, 1991)

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

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

JUGES DE LA COUR FÉDÉRALE DU CANADA

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

LE JUGE EN CHEF

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

LE JUGE EN CHEF ADJOINT

L'honorable JAMES ALEXANDER JEROME, C.P.
(nommé le 18 février 1980)

LES JUGES DE LA COUR D'APPEL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

LES JUGES DE LA SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE

L'honorable FRANK U. COLLIER
*(nommé le 16 septembre 1971;
surnuméraire le 1^{er} novembre 1987)*

L'honorable JEAN-EUDES DUBÉ, C.P.
(nommé le 9 avril 1975; surnuméraire le 6 novembre 1991)

L'honorable PAUL ROULEAU
(nommé le 5 août 1982)

L'honorable FRANCIS CREIGHTON MULDOON
(nommé le 18 juillet 1983)

L'honorable BARRY L. STRAYER
(nommé le 18 juillet 1983)

L'honorable BARBARA J. REED
(nommée le 17 novembre 1983)

L'honorable PIERRE DENAULT
(nommé le 29 juin 1984)

L'honorable YVON PINARD, C.P.
(nommé le 29 juin 1984)

L'honorable L. MARCEL JOYAL
(nommé le 29 juin 1984)

L'honorable BUD CULLEN, C.P.
(nommé le 26 juillet 1984)

L'honorable LEONARD A. MARTIN
(nommé le 29 octobre 1985; démission le 24 octobre 1991)

L'honorable MAX M. TEITELBAUM
(nommé le 29 octobre 1985)

L'honorable W. ANDREW MACKAY
(nommé le 2 septembre 1988)

TABLE
OF THE NAMES OF THE CASES REPORTED
IN THIS VOLUME

	PAGE
B	
Benner v. Canada (Secretary of State) (T.D.)	771
Boger Estate v. Canada (T.D.)	152
Bowen (C.A.), Canada (Attorney General) v.	311
Brewer Bros. v. Canada (Attorney General) (C.A.).....	25
Butterworths Canada Ltd. (T.D.), CCH Canadian Ltd. v.	3
C	
CCH Canadian Ltd. v. Butterworths Canada Ltd. (T.D.)	3
CNG Transmission Corp. v. Canada (National Energy Board) (T.D.).....	346
Canada v. Duncan (T.D.).....	713
Canada v. ICHI Canada Ltd. (T.D.).....	571
Canada v. Kieboom (T.D.)	276
Canada v. Lee (C.A.)	403
Canada (Attorney General) v. Bowen (C.A.)	311
Canada (Attorney General) (C.A.), Brewer Bros. v.	25
Canada (Attorney General) (T.D.), Kealey v.	195
Canada (C.A.), Canadian Marconi Co. v.	655
Canada (C.A.), Horii v.	142
Canada (C.A.), Janitzki v.	300
Canada (C.A.), Maritime Telegraph and Telephone Co. v.	753
Canada (C.A.), West Kootenay Power and Light Co. v.	732
Canada (Canadian Security Intelligence Service) (T.D.), Kwan v.	237
Canada (Copyright Board) (C.A.), FWS Joint Sports Claimants v.	487
Canada (Deputy Minister of Employment and Immigration) (T.D.), Hack v.	219
Canada (Federal Administrator) (T.D.), Cree Regional Authority v.	440
Canada (Mining Recorder, Whitehorse Mining District) (C.A.), Halferdahl v.	813
Canada (Minister of Agriculture) (T.D.), Pulp, Paper and Woodworkers of Canada Local 8 v.	372
Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.), Choi v.	763
Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.), Grewal v.	581
Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.), Mahabir v.	133
Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.), Orelie v.	592
Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.), Rasaratnam v.	706
Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.), Yusuf v.	629
Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.), Dawkins v.	639
Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.), Lam v.	613
Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.), Singh v.	332
Canada (Minister of National Defence) v. Mongrain (C.A.).....	472
Canada (Minister of National Defence) (T.D.), X v.	77

	PAGE
Canada (Minister of the Environment) (T.D.), Tetzlaff v.	261
Canada (Minister of Transport) (C.A.), Swanson v.	408
Canada (National Energy Board) (T.D.), CNG Transmission Corp. v.	346
Canada (Privacy Commissioner) (T.D.), Moar v.	501
Canada (RCMP Commissioner) (T.D.), Éthier v.	109
Canada (Secretary of State) (T.D.), Benner v.	771
Canada (T.D.), Boger Estate v.	152
Canada (T.D.), Egan v.	687
Canada (T.D.), Taylor v.	316
Canada (T.D.), Thomas Fuller Construction Co., (1958) Ltd. v. Canada (T.D.)	512
Canadian Marconi Co. v. Canada (C.A.).....	655
Canadian Olympic Assn. v. Konica Canada Inc. (C.A.).....	797
Choi v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.).....	763
Compania Maritima Villa Nova S.A. v. Northern Sales Co. (C.A.).....	550
Cree Regional Authority v. Canada (Federal Administrator) (T.D.).....	440
D	
Dawkins v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.).....	639
Deputy M.N.R., Customs and Excise (C.A.), IBM Canada Ltd. v.	663
Duncan (T.D.), Canada v.	713
E	
Edan Food Sales Inc. (T.D.), Nestle Enterprises Ltd. v.	182
Egan v. Canada (T.D.).....	687
Éthier v. Canada (RCMP Commissioner) (T.D.).....	109
F	
FWS Joint Sports Claimants v. Canada (Copyright Board) (C.A.).....	487
Federal Calumet (The) (T.D.), Ontario Bus Industries Inc. v.	245
G	
Grewal v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.).....	581
H	
Hack v. Canada (Deputy Minister of Employment and Immigration) (T.D.)	219
Halferdahl v. Canada (Mining Recorder, Whitehorse Mining District) (C.A.).....	813
Horii v. Canada (C.A.).....	142
I	
IBM Canada Ltd. v. Deputy M.N.R., Customs and Excise (C.A.).....	663
ICHI Canada Ltd. (T.D.), Canada v.	571
J	
Janitzki v. Canada (C.A.).....	300

K

Kealey v. Canada (Attorney General) (T.D.)	195
Kieboom (T.D.), Canada v.	276
Konica Canada Inc. (C.A.), Canadian Olympic Assn. v.....	797
Kwan v. Canada (Canadian Security Intelligence Service) (T.D.)	237

L

Lam v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.).....	613
Lee (C.A.), Canada v.	403

M

M.N.R. (T.D.), O'Sullivan v.....	522
Mahabir v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.)	133
Maritime Telegraph and Telephone Co. v. Canada (C.A.).....	753
Moar v. Canada (Privacy Commissioner) (T.D.).....	501
Mongrain (C.A.), Canada (Minister of National Defence) v.....	472

N

Nestle Enterprises Ltd. v. Edan Food Sales Inc. (T.D.).....	182
Northern Sales Co. (C.A.), Compania Maritima Villa Nova S.A. v.	550

O

Ontario Bus Industries Inc. v. Federal Calumet (The) (T.D.).....	245
Orelien v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.).....	592
O'Sullivan v. M.N.R. (T.D.).....	522

P

Pulp, Paper and Woodworkers of Canada Local 8 v. Canada (Minister of Agriculture) (T.D.)	372
---	-----

R

Rasaratnam v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.).....	706
---	-----

S

Singh v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.).....	332
Swanson v. Canada (Minister of Transport) (C.A.)	408

T

Taylor v. Canada (T.D.).....	316
Tetzlaff v. Canada (Minister of the Environment) (T.D.).....	261
Thomas Fuller Construction Co., (1958) Ltd. v. Canada (T.D.)	512

W

West Kootenay Power and Light Co. v. Canada (C.A.) 732

X

X v. Canada (Minister of National Defence) (T.D.) 77

Y

Yusuf v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) 629

TABLE
DES DÉCISIONS PUBLIÉES
DANS CE VOLUME

	PAGE
A	
Administration régionale crie c. Canada (Administrateur fédéral) (1 ^{re} inst.)	440
Assoc. Olympique Canadienne c. Konica Canada Inc. (C.A.)	797
B	
Benner c. Canada (Secrétaire d'État) (1 ^{re} inst.)	771
Boger, succession c. Canada (1 ^{re} inst.)	152
Bowen (C.A.), Canada (Attorney General) c.	311
Brewer Bros. c. Canada (Procureur général) (C.A.)	25
Butterworths Canada Ltd. (1 ^{re} inst.), CCH Canadian Ltd. c.	3
C	
CCH Canadian Ltd. c. Butterworths Canada Ltd. (1 ^{re} inst.)	3
CNG Transmission Corp. c. Canada (Office national de l'énergie) (1 ^{re} inst.)	346
Canada c. Duncan (1 ^{re} inst.)	713
Canada c. ICHI Canada Ltd. (1 ^{re} inst.)	571
Canada c. Kieboom (1 ^{re} inst.)	276
Canada c. Lee (C.A.)	403
Canada (Administrateur fédéral) (1 ^{re} inst.), Administration régionale crie c.	440
Canada (C.A.), Canadian Marconi Co. c.	655
Canada (C.A.), Horii c.	142
Canada (C.A.), Janitzki c.	300
Canada (C.A.), Maritime Telegraph and Telephone Co. c.	753
Canada (C.A.), West Kootenay Power and Light Co. c.	732
Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) (1 ^{re} inst.), Moar c.	501
Canada (Commissaire de la GRC) (1 ^{re} inst.), Éthier c.	109
Canada (Commission du droit d'auteur) (C.A.), FWS Joint Sports Claimants c.	487
Canada (Ministre de la Défense nationale) c. Mongrain (C.A.)	472
Canada (Ministre de la Défense nationale) (1 ^{re} inst.), X c.	77
Canada (Ministre de l'Agriculture) (1 ^{re} inst.), Travailleurs des pâtes, des papiers et du bois du Canada, Section locale 8 c.	372
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.), Choi c.	763
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.), Grewal c.	581
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.), Mahabir c.	133
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.), Orelie c.	592
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.), Rasaratnam c.	706
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.), Yusuf c.	629
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.), Dawkins c.	639
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.), Lam c.	613

	PAGE
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.), Singh c.	332
Canada (Ministre de l'Environnement) (1 ^{re} inst.), Tetzlaff c.	261
Canada (Ministre des Transports) (C.A.), Swanson c.	408
Canada (Office national de l'énergie) (1 ^{re} inst.), CNG Transmission Corp. c.	346
Canada (Service canadien de renseignement de sécurité) (1 ^{re} inst.), Kwan c.	237
Canada (1 ^{re} inst.), Boger, succession c.	152
Canada (1 ^{re} inst.), Egan c.	687
Canada (1 ^{re} inst.), Taylor c.	316
Canada (1 ^{re} inst.), Thomas Fuller Construction Co., (1958) Ltd. c.	512
Canada (Procureur général) c. Bowen (C.A.).....	311
Canada (Procureur général) (C.A.), Brewer Bros. c.	25
Canada (Procureur général) (1 ^{re} inst.), Kealey c.	195
Canada (Registraire minier du district minier de Whitehorse) (C.A.), Halferdahl c....	813
Canada (Secrétaire d'État) (1 ^{re} inst.), Benner c.	771
Canada (Sous-ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.), Hack c.	219
Canadian Marconi Co. c. Canada (C.A.).....	655
Choi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.).....	763
Compania Maritima Villa Nova S.A. c. Northern Sales Co. (C.A.).....	550
D	
Dawkins c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.).....	639
Duncan (1 ^{re} inst.), Canada c.	713
E	
Edan Food Sales Inc. (1 ^{re} inst.), Nestle Enterprises Ltd. c.	182
Egan c. Canada (1 ^{re} inst.).....	687
Éthier c. Canada (Commissaire de la GRC) (1 ^{re} inst.).....	109
F	
FWS Joint Sports Claimants c. Canada (Commission du droit d'auteur) (C.A.).....	487
Federal Calumet (Le) (1 ^{re} inst.), Ontario Bus Industries Inc. c.	245
G	
Grewal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.).....	581
H	
Hack c. Canada (Sous-ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.).....	219
Halferdahl c. Canada (Registraire minier du district minier de Whitehorse) (C.A.)....	813
Horii c. Canada (C.A.).....	142
I	
IBM Canada Ltd. c. Sous-ministre M.R.N., Douanes et Accise (C.A.).....	663
ICHI Canada Ltd. (1 ^{re} inst.), Canada c.	571

J

Janitzki c. Canada (C.A.).....	300
--------------------------------	-----

K

Kealey c. Canada (Procureur général) (1 ^{re} inst.).....	195
Kieboom (1 ^{re} inst.), Canada c.	276
Konica Canada Inc. (C.A.), Assoc. Olympique Canadienne c.	797
Kwan c. Canada (Service canadien de renseignement de sécurité) (1 ^{re} inst.).....	237

L

Lam c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.).....	613
Lee (C.A.), Canada c.	403

M

M.R.N. (1 ^{re} inst.), O'Sullivan c.....	522
Mahabir c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.).....	133
Maritime Telegraph and Telephone Co. c. Canada (C.A.).....	753
Moar c. Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) (1 ^{re} inst.).....	501
Mongrain (C.A.), Canada (Ministre de la Défense nationale) c.....	472

N

Nestle Enterprises Ltd. c. Edan Food Sales Inc. (1 ^{re} inst.).....	182
Northern Sales Co. (C.A.), Compania Maritima Villa Nova S.A. c.	550

O

Ontario Bus Industries Inc. c. Federal Calumet (Le) (1 ^{re} inst.).....	245
Orelie c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.).....	592
O'Sullivan c. M.R.N. (1 ^{re} inst.).....	522

R

Rasaratnam c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.).....	706
---	-----

S

Singh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.).....	332
Sous-ministre M.R.N., Douanes et Accise (C.A.), Canada Ltd. c.	663
Swanson c. Canada (Ministre des Transports) (C.A.).....	408

T

Taylor c. Canada (1 ^{re} inst.).....	316
Tetzlaff c. Canada (Ministre de l'Environnement) (1 ^{re} inst.).....	261
Thomas Fuller Construction Co., (1958) Ltd. c. Canada (1 ^{re} inst.).....	512

	PAGE
Travailleurs des pâtes, des papiers et du bois du Canada, Section locale 8 c. Canada (Ministre de l'Agriculture) (1 ^{re} inst.).....	372
W	
West Kootenay Power and Light Co. c. Canada (C.A.)	732
X	
X c. Canada (Ministre de la Défense nationale) (1 ^{re} inst.).....	77
Y	
Yusuf c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.).....	629

CONTENTS OF THE VOLUME

	PAGE
ACCESS TO INFORMATION	
Northern Cruiser Co. v. Canada (T-109-90).....	D-1
Woodard v. Canada (National Parole Board) (T-1348-89).....	D-27
X v. Canada (Minister of National Defence) (T.D.) (T-2886-84).....	77
AGRICULTURE	
<i>See also: Animals, D-15</i>	
Agricultural Credit Corp. of Saskatchewan v. Farm Debt Review Board for Saskatchewan South (T-510-91).....	D-15
Brewer Bros. v. Canada (Attorney General) (C.A.) (A-160-90).....	25
AIR LAW	
Fry v. Canada (Civil Aviation Tribunal) (A-129-91).....	D-27
Swanson v. Canada (Minister of Transport) (C.A.) (A-163-90).....	408
ANIMALS	
Nelson v. Canada (Minister of Agriculture) (P-5-90).....	D-15
ARMED FORCES	
Veilleux v. Canada (Attorney General) (T-2174-91).....	D-15
BILL OF RIGHTS	
<i>See: Immigration, 592</i>	
CITIZENSHIP	
Benner v. Canada (Secretary of State) (T.D.) (T-442-90).....	771
Canada (Secretary of State) v. Luitjens (T-460-88).....	D-15
Knowledge Requirements	
Bagrowicz (Re) (T-2554-90).....	D-27
Elangance (Re) (T-2462-90).....	D-16
Forghanian-Arani (Re) (T-4-91).....	D-27
Gayed (Re) (T-2855-90).....	D-27
Khat (Re) (T-2883-90).....	D-16
Khoury (Re) (T-2494-90).....	D-27
Koskay (Re) (T-3389-90).....	D-1

CITIZENSHIP—Continued**Residency Requirements**

Canada (Minister of State for Multiculturalism and Citizenship) v. Julien (T-1177-91).....	D-39
El-Nahoum (Re) (T-581-91).....	D-28
Lee (Re) (T-270-91).....	D-28
Li (Re) (T-440-91).....	D-39
Shaw (Re) (T-840-90).....	D-1
Yue (Re) (T-188-91).....	D-28

COMBINES

Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal) (A-505-89).....	D-1
Gauthier v. Canada (Director of Investigation and Research) (A-374-91).....	D-16
Hillsdown Holdings (Canada) Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research) (A-684-91).....	D-16

CONFLICT OF LAWS

Compania Maritima Villa Nova S.A. v. Northern Sales Co. (C.A.) (A-319-89)	550
Ontario Bus Industries Inc. v. Federal Calumet (The) (T.D.) (T-2353-86).....	245

CONSTITUTIONAL LAW

See also: Penitentiaries, D-9, Immigration, D-19, 592

Charter of Rights*Criminal Process*

Benner v. Canada (Secretary of State) (T.D.) (T-442-90).....	771
Blouin v. Canada (T-410-89).....	D-28
Canada v. Duncan (T.D.) (T-1508-89, T-1509-89).....	713

Enforcement

Mahabir v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-869-91).....	133
---	-----

Equality Rights

Benner v. Canada (Secretary of State) (T.D.) (T-442-90).....	771
Egan v. Canada (T.D.) (T-2425-88).....	687
Janitzki v. Canada (C.A.) (A-381-90).....	300

Fundamental Freedoms

O'Sullivan v. M.N.R. (T.D.) (T-2758-90).....	522
--	-----

Life, Liberty and Security

Canada v. Duncan (T.D.) (T-1508-89, T-1509-89).....	713
Grewal v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-619-90)	581
Singh v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) (T-163-91)	332

CONSTITUTIONAL LAW—Continued**Charter of Rights—Continued****Preamble**

O'Sullivan v. M.N.R. (T.D.) (T-2758-90)	522
---	-----

Distribution of Powers

Canadian Olympic Assn. v. Konica Canada Inc. (C.A.) (A-279-90).....	797
Compania Maritima Villa Nova S.A. v. Northern Sales Co. (C.A.) (A-319-89)	550
Cree Regional Authority v. Canada (Federal Administrator) (T.D.).....	440

CONSTRUCTION OF STATUTES

Halferdahl v. Canada (Mining Recorder, Whitehorse Mining District) (C.A.) (A-181-90)	813
IBM Canada Ltd. v. Deputy M.N.R., Customs and Excise (C.A.) (A-984-88) ...	663
Moar v. Canada (Privacy Commissioner) (T.D.) (90-T-706)	501

CONTRACTS

Thomas Fuller Construction Co., (1958) Ltd. v. Canada (T.D.) (T-1036-87, T-1416-87).....	512
---	-----

COPYRIGHT

FWS Joint Sports Claimants v. Canada (Copyright Board) (C.A.) (A-883-90)...	487
---	-----

Damages

Profekta International Inc. v. Nguyen (T-285-89).....	D-2
---	-----

Infringement

Canadian Olympic Assn. v. Konica Canada Inc. (C.A.) (A-279-90).....	797
---	-----

Injunctions

CCH Canadian Ltd. v. Butterworths Canada Ltd. (T.D.) (T-442-91).....	3
--	---

Practice

Compleat Communications Ltd. v. Luna Banquet Hall Ltd. (T-1516-91).....	D-16
---	------

CROWN

See also: Contracts, 512

Agency

Brault-Clément Inc. v. Canada (A-137-86).....	D-29
---	------

Contracts

Automobiles Giguère Inc. v. Canada (T-2281-88).....	D-39
---	------

CROWN—Continued**Prerogatives**

Canada Post Corp. v. Canada (Registrar of Trade-marks) (T-1602-91)	D-39
--	------

Torts

Brewer Bros. v. Canada (Attorney General) (C.A.) (A-160-90)	25
Comte v. Canada (A-170-91)	D-2
Devloo v. Canada (A-171-90)	D-2
Kealey v. Canada (Attorney General) (T.D.) (T-1786-90)	195
Kuczerpa v. Canada (T-229-90)	D-29
Muller v. Canada (T-1297-88)	D-17
Prieur v. Canada (T-558-89)	D-40
Sarnia Cranes Ltd. v. Canada (T-2878-89)	D-29
Swanson v. Canada (Minister of Transport) (C.A.) (A-163-90)	408

CUSTOMS AND EXCISE**Customs Tariff**

Bristol-Myers Canada Inc. c. M.N.R. (A-208-90)	D-2
IBM Canada Ltd. v. Deputy M.N.R., Customs and Excise (C.A.) (A-984-88) ...	663

Excise Tax Act

Grantham Foods Ltd. v. Canada (T-1824-90)	D-30
International Forest Products Ltd. v. Canada (T-1820-90, T-1813-90)	D-2
Jager Industries Inc. v. Canada (A-57-91)	D-40
Monarch Concrete Products Ltd. v. Canada (A-504-89)	D-30

ENERGY

CNG Transmission Corp. v. Canada (National Energy Board) (T.D.) (T-2252-91)	346
---	-----

ENVIRONMENT

Cree Regional Authority v. Canada (Federal Administrator) (T.D.) (T-451-91)	440
Eastmain Band v. Canada (Federal Administrator) (T-1512-91)	D-17
Tetzlaff v. Canada (Minister of the Environment) (T.D.) (T-2230-89)	261

EXPROPRIATION

Canada (Attorney General) v. Newfoundland (T-62-91)	D-3
---	-----

FEDERAL COURT JURISDICTION**Appeal Division**

Mahabir v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-869-91)	133
Mark v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans) (A-959-91)	D-30

FEDERAL COURT JURISDICTION—Continued**Trial Division**

Compania Maritima Villa Nova S.A. v. Northern Sales Co. (C.A.) (A-319-89)	550
Kealey v. Canada (Attorney General) (T.D.) (T-1786-90).....	195
R.W. Blacktop Ltd. v. Artec Equipment Co. (T-859-90).....	D-30
Sunday v. Akwesasne Election Board (T-2023-91)	D-30

FINANCIAL INSTITUTIONS

National Bank of Canada v. Canada (Superintendent of Financial Institutions) (A-141-91).....	D-31
---	------

FISHERIES

See: Federal Court Jurisdiction, D-30

FOREIGN TRADE

Nestle Enterprises Ltd. v. Edan Food Sales Inc. (T.D.) (T-1109-91)	182
--	-----

HAZARDOUS PRODUCTS

Pulp, Paper and Woodworkers of Canada Local 8 v. Canada (Minister of Agriculture) (T.D.) (T-3188-90).....	372
--	-----

HEALTH AND WELFARE

Egan v. Canada (T.D.) (T-2425-88).....	687
--	-----

HUMAN RIGHTS

See also: Judicial Review, D-6; Practice, D-12

Canada (Minister of National Defence) v. Mongrain (C.A.) (A-911-90, A-914-90)	472
Morisset v. Canada (Human Rights Commission) (T-1937-91).....	D-18
Odiatu v. Canada (Royal Canadian Mounted Police) (A-29-91).....	D-31

IMMIGRATION

See also: Judicial Review, D-21; Practice, D-48

Bakkeskaug v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-1837-91)	D-31
Canada Eighty-Eight Fund Ltd. v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-2303-91).....	D-31
Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Gill (A-219-90).....	D-41
Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Jhooti (A-363-90).....	D-32
Kumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-1356-91)	D-18
Mannan v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-1359-91)	D-31
Okwe v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-383-89)	D-40
Parihar v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-1987-91).....	D-3
Pollard v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-1039-91).....	D-3
Shandi (Re) (IMM-3-91).....	D-40
Steward v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-384-90).....	D-18
Xie v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (91-T-99)	D-18

IMMIGRATION—Continued**Deportation**

Tavaga v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (91-T-132).....	D-3
---	-----

Practice

Aguilar v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (91-T-55).....	D-3
Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Shaw (A-94-89).....	D-18
Choi v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-851-90)	763
Conception v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-1042-91)	D-42
Condo v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-2066-91).....	D-41
Dawkins v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) (T-2866-90).....	639
Dhanjal v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-1071-91).....	D-4
Gill v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-484-91).....	D-4
Gill v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-2103-91).....	D-4
Immigration Act (Re) (A-656-91).....	D-42
Lam v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) (T-2640-91)	613
Mahabir v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-869-91).....	133
Marc v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-199-91).....	D-42
Nadan v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-2932-91).....	D-41
Owusu v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-2910-90).....	D-41
Singh v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) (T-163-91)	332
Vaca v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-278-91).....	D-3

Refugee Status

Aranguiz v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-695-90).....	D-19
Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Basra (A-518-90).....	D-32
Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Leal (A-984-90).....	D-4
Grewal v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-619-90)	581
Jocelyn v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-821-90).....	D-42
Kocab v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-83-91).....	D-42
Mahathmasseelan v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-555-90).....	D-42
Mansour v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-654-90).....	D-42
Naiker v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-409-91).....	D-42
Orelie v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-993-90, A-222-91).....	592
Pour v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-655-90).....	D-32
Prasad v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-89-91)	D-32
Rasaratnam v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-232-91).....	706
Said v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-631-90).....	D-19
Sathanandan v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-645-90)	D-19
Yusuf v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-1116-90)	629

INCOME TAX

See also: Crown, D-29; Practice, D-49

Canada v. Duncan (T.D.) (T-1508-89, T-1509-89).....	713
De Luca v. M.N.R. (A-251-87).....	D-19

INCOME TAX—Continued

M.N.R. v. Chrysler (Canada) Ltd. (T-1121-90)	D-4
O'Sullivan v. M.N.R. (T.D.) (T-2758-90)	522

Associated Companies

Peter Cundill & Associates Ltd. v. Canada (A-58-91)	D-20
---	------

Corporations

Canada v. Kieboom (T.D.) (T-2604-90)	276
--	-----

Gifts

Canada v. Kieboom (T.D.) (T-2604-90)	276
--	-----

Income Calculation

Maritime Telegraph and Telephone Co. v. Canada (C.A.) (A-1072-90, A-1098-90)	753
Signum Communications Inc. v. Canada (A-997-88)	D-20
West Kootenay Power and Light Co. v. Canada (C.A.) (A-246-91)	732
Witherspoon v. M.N.R. (T-476-86)	D-20

Capital Gains

Bodrug Estate v. Canada (A-785-90)	D-43
Boger Estate v. Canada (T.D.) (T-218-89)	152
Canada v. Kieboom (T.D.) (T-2604-90)	276
Fourt v. M.N.R. (T-1879-88)	D-32
Stursberg v. M.N.R. (T-1268-90)	D-5
Vancouver Art Metal Works Ltd. v. Canada (T-2074-87)	D-32

Deductions

Edwardes v. Canada (T-1986-88)	D-32
Friedberg v. Canada (A-65-89)	D-43
Lutheran Life Insurance Society of Canada v. Canada (T-1391-83)	D-5
Plaza Pontiac Buick Ltd. v. M.N.R. (T-1987-83)	D-20
QIT-Fer et Titane Inc. v. Canada (T-2196-86)	D-43
Reg Rad Tech Ltd. v. Canada (A-455-90)	D-20
Rolls-Royce (Canada) Ltd. v. Canada (T-1515-86)	D-5
Wilson v. M.N.R. (A-164-90)	D-20

Farming

Blake v. M.N.R. (T-1424-84)	D-6
White v. M.N.R. (T-398-87)	D-20

Income or Capital Gain

Schofield Oil Ltd. v. Canada (A-89-89)	D-43
--	------

Practice

Boger Estate v. Canada (T.D.) (T-218-89)	152
--	-----

INCOME TAX—Continued**Practice—Continued**

Canada v. Lee (C.A.) (A-249-91)	403
Canada (Attorney General) v. Bowen (C.A.) (A-541-90)	311
Dene Nation v. Canada (T-148-91), see Erasmus v. Canada (T-148-91)	D-21
Erasmus v. Canada (T-148-91), see Dene Nation v. Canada (T-148-91)	D-21
Khalil v. Canada (T-2078-89)	D-44
Splane v. Canada (A-104-91)	D-33

Reassessment

Canadian Marconi Co. v. Canada (C.A.) (A-438-89)	655
Honig v. M.N.R. (T-936-87, T-937-87, T-938-87, T-939-87)	D-33

Seizures

Wolf (Re) (ITA-4408-83)	D-6
-------------------------------	-----

INJUNCTIONS

CCH Canadian Ltd. v. Butterworths Canada Ltd. (T.D.) (T-442-91)	3
Ligue de Taxis de Montréal Inc. (A-11) v. Gauthier (T-2367-91)	D-21
Nestle Enterprises Ltd. v. Edan Food Sales Inc. (T.D.) (T-1109-91)	182

JUDICIAL REVIEW

Canada Post Corp. v. Canadian Union of Postal Workers (A-803-90)	D-44
Canadian Broadcasting Corp. v. O'Connell (A-285-90)	D-6
IBM Canada Ltd. v. Deputy M.N.R., Customs and Excise (C.A.) (A-984-88) ...	663
Montréal (City) v. Canada (National Transportation Agency) (A-318-90)	D-44
Murray v. Canada (Minister of Agriculture) (T-826-91)	D-44
Yusuf v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-1116-90)	629

Applications to Review

Longia v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-1059-90, A-1060-90)	D-21
Mahabir v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-869-91)	133
Quantum Management Services Ltd. v. Canada (Attorney General) (T-2577-91)	D-21
Singh v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-74-91)	D-21

Equitable Remedies*Injunctions*

Horii v. Canada (C.A.) (A-841-91)	142
---	-----

Prerogative Writs

Lam v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) (T-2640-91)	613
Mercier v. Canada (Human Rights Commission) (T-1742-92)	D-44

JUDICIAL REVIEW—Continued**Prerogative Writs—Continued*****Certiorari***

CNG Transmission Corp. v. Canada (National Energy Board) (T.D.) (T-2252-91)	346
Éthier v. Canada (RCMP Commissioner) (T.D.) (T-3388-90)	109
Pulp, Paper and Woodworkers of Canada Local 8 v. Canada (Minister of Agriculture) (T.D.) (T-3188-90).....	372

Mandamus

Cree Regional Authority v. Canada (Federal Administrator) (T.D.) (T-451-91)	440
---	-----

Prohibition

CNG Transmission Corp. v. Canada (National Energy Board) (T.D.) (T-2252-91)	346
---	-----

LABOUR RELATIONS

Canada (Attorney General) v. Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists (ACTRA) (A-102-91)	D-7
Letter Carriers' Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers (A-626-90)	D-6
Thorsen v. Silk FM Broadcasting Ltd. (A-992-90).....	D-7

MARITIME LAW

See also: Practice, D-47

Compania Maritima Villa Nova S.A. v. Northern Sales Co. (C.A.) (A-319-89)	550
---	-----

Carriage of Goods

Ontario Bus Industries Inc. v. Federal Calumet (The) (T.D.) (T-2353-86)	245
---	-----

Contracts

Lundberg v. Manitou III (The) (T-2180-88).....	D-45
Pakistan National Shipping Corp. v. Canada (T-3112-90)	D-7
Sam Vézina Inc. v. Laurentian Pilotage Authority (T-663-88).....	D-44

Creditors and Debtors

Feliciano v. Yuko Maru No. 10 (The) (T-1906-91).....	D-7
--	-----

Insurance

Morris v. Canada (Department of Fisheries and Oceans) (T-305-90).....	D-7
---	-----

Liens and Mortgages

Shibamoto & Co. v. Nicolle N (The) (T-1810-88).....	D-8
---	-----

Practice

Klockner Namasco Corp. v. Federal Hudson (The) (T-1025-90, T-1026-90)	D-8
---	-----

MARITIME LAW—Continued**Practice—Continued**

Mark Fishing Co. v. Vancouver Fireboat No. 2 (The) (A-1036-90).....	D-45
Shibamoto & Co. v. Western Fish Producers Inc. (Trustee of) (T-1810-88).....	D-8
Taiyo Gyogyo K.K. v. Tuo Hai (The) (T-1951-91).....	D-21
Taiyo Gyogyo K.K. v. Tuo Hai (The) (T-1951-91).....	D-21

Torts

Boileau v. Charlebois (T-2498-87).....	D-45
Engine and Leasing Co. v. Atlantic Towing Ltd. (T-6197-81).....	D-45

MORTGAGES

Fiducie, Prêt et Revenu v. Canada (Mortgage and Housing Corp.) (A-64-86)....	D-22
--	------

NATIVE PEOPLES

See also: Construction of Statutes, 813; Federal Court Jurisdiction, D-30; Practice, D-35

Einish – Vollant v. Conseil des Indiens Montagnais de Scheffeville (T-1709-91)	D-22
--	------

Lands

Bears paw Band of Indians v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs) (T-2377-88).....	D-22
Cree Regional Authority v. Canada (Federal Administrator) (T.D.) (T-451-91)	440
Devil's Gap Cottages (1982) Ltd. v. Canada (T-2468-88).....	D-33
Enoch Band v. Canada (T-2330-75).....	D-8

PAROLE

Cardinal v. Canada (National Parole Board) (A-815-90).....	D-46
Prasad v. Canada (National Parole Board) (T-2150-91).....	D-33

PATENTS

See also: Federal Court Jurisdiction, D-30

Infringement

LME Petroscope Ltd. v. MacGregor (T-3195-90).....	D-47
Martinray Industries Ltd. v. Les Fabricants National Dagendor Manufacturing Ltd. (T-662-87).....	D-34
Procter & Gamble Co. v. Kimberley-Clark of Canada Ltd. (T-1493-86).....	D-46
TRW Inc. v. Walbar of Canada Inc. (A-107-91).....	D-23
Wellcome Foundation Ltd. v. Apotex Inc. (T-80-83).....	D-22

Practice

Diversified Products Corp. v. Consumers Distributing Co. (T-2342-86).....	D-23
Diversified Products Corp. v. Consumers Distributing Co. (T-2342-86).....	D-47
Hancor, Inc. v. Systèmes de drainage Modernes Inc. (T-2126-85).....	D-9

PENITENTIARIES*See also:* Constitutional Law, D-28

Horii v. Canada (C.A.) (A-841-91).....	142
Malette v. Canada (Commissioner of Corrections) (T-844-91).....	D-9

PRACTICE

Kealey v. Canada (A-823-91).....	D-10
----------------------------------	------

Affidavits

Toronto-Dominion Bank v. Canada Trustco Mortgage Co. (T-1669-91).....	D-10
---	------

Appeals and New Trials

Canada v. Jala Godavari (The) (A-112-91).....	D-34
Janitzki v. Canada (C.A.) (A-381-90).....	300

Costs

A'Hearn v. Alltrans Express Ltd. (T-79-90).....	D-23
Bailey v. Canada (T-626-91).....	D-10
Beloit Canada Ltd. v. Valmet-Dominion Inc. (A-587-89).....	D-34
Canada v. Lee (C.A.) (A-249-91).....	403
Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport) (T-865-89).....	D-10
Nekoosa Packaging Corp. v. AMCA International Ltd. (T-1848-82).....	D-47
Nekoosa Packaging Corp. v. AMCA International Ltd. (T-1848-82).....	D-47
Pacific Building Maintenance Ltd. v. Canada (T-448-84).....	D-47
Satellite Earth Station Technology, Inc. v. Canada (T-2308-88).....	D-10
Sutherland v. M.N.R. (T-1856-89).....	D-34
Waterfurnace Inc. v. 803943 Ontario Ltd. (T-409-90).....	D-10

Discovery*Examination for Discovery*

Canada v. ICHI Canada Ltd. (T.D.) (T-787-88).....	571
Taylor v. Canada (T.D.) (T-345-88).....	316

Production of Documents

Bhadrachalam Paperboards Ltd. v. Philippine Victory (The) (T-1604-89, T-2936-89, T-258-90).....	D-48
Canadian Assn. of Regulated Importers v. Canada (Attorney General) (T-2448-90).....	D-10
Dégarie v. Canada (Penitentiary Warden, Ste-Anne des Plaines) (T-3386-90)....	D-24

Dismissal of Proceedings*Want of Prosecution*

Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd. (T-1727-86).....	D-34
Duval v. Canada (T-1-85).....	D-48

PRACTICE—Continued**Evidence**

Éthier v. Canada (RCMP Commissioner) (T.D.) (T-3388-90)	109
---	-----

Judgments and Orders

Horii v. Canada (C.A.) (A-841-91).....	142
Western Canada Wilderness Committee v. Canada (Minister of Environment) (T-2913-90).....	D-11

Default Judgment

Creighton v. Creighton Holdings Ltd. (T-1898-91)	D-34
--	------

Enforcement

Tetzlaff v. Canada (Minister of the Environment) (T.D.) (T-2230-89).....	261
--	-----

Reversal or Variation

Al Haddad v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-961-90)	D-48
Barrigar & Oyen v. Canada (Registrar of Trade Marks) (T-2272-90).....	D-11
Chenier (Re) (A-927-90).....	D-35
Rostamian v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (89-A-1595)	D-11

Stay of Execution

Carrier-Sekani Tribal Council v. Canada (Minister of the Environment) (T-2686-90, T-2687-90).....	D-35
Casden v. Cooper Enterprises Ltd. (A-605-90).....	D-11
Shibamoto & Co. v. Nicolle N (The) (T-1810-88)	D-35

Limitation of Actions

Bérubé v. Makita Outils Électriques Canada Ltée (T-2096-89).....	D-24
Miucci v. Canada (T-348-91).....	D-48

Parties

Kealey v. Canada (Attorney General) (T.D.) (T-1786-90)	195
Moar v. Canada (Privacy Commissioner) (T.D.) (90-T-706)	501

Joinder

Molson Breweries, a Partnership, v. Canada (Registrar of Trade-marks) (T-2320-91).....	D-24
---	------

Standing

Egan v. Canada (T.D.) (T-2425-88).....	687
O'Sullivan v. M.N.R. (T.D.) (T-2758-90)	522

PRACTICE—Continued**Pleadings***Amendments*

Three Buoys Houseboat Builders Ltd. v. M.N.R. (A-142-90)	D-11
--	------

Motion to Strike

Chez FM, Inc. v. Telemedia Communications Inc. (T-1829-91).....	D-11
Cominco Ltd. v. Canada (Northwest Territories Water Board) (T-972-90).....	D-35
David v. Kluger (T-5-91).....	D-11
Deer v. Mohawk Council of Kahnawake (A-1040-90).....	D-49
Derrickson v. Canada (T-910-90).....	D-35
Exco Energy Ltd. (Trustee of) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources) (T-808-86)	D-48
Incendex Inc. v. Canada (T-429-91)	D-24
Karlsson v. M.N.R. (T-1267-91).....	D-49
Rudowski v. Canada (T-809-91)	D-35
Salem v. Canada (T-2139-91)	D-36
Shiloff v. Canada (T-2797-89)	D-48

Particulars

Gilbert v. Frank H. Brown (The) (T-1457-90).....	D-36
Kibale v. Canada (T-1891-88).....	D-24

Preliminary Determination of Question of Law

Tribro Investments Ltd. v. Embassy Suites, Inc. (T-2150-89).....	D-49
--	------

Privilege

Francoeur v. Canada (T-2153-87)	D-11
---------------------------------------	------

References

Jonas Browne & Hubbard (G'DA) Ltd. v. Caricom Venture (The) (T-976-88)...	D-36
---	------

Representation by Attorney or Solicitor

Bishay v. M.N.R. (T-1940-91)	D-12
------------------------------------	------

Service

Klockner Namasco Corp. v. Federal Hudson (The) (T-1025-90, T-1026-90).....	D-49
--	------

Stay of Proceedings

Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd. (T-1727-86).....	D-24
Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada (T-1059-91)	D-12

Variation of Time

Bio-Generation Laboratories Inc. v. Pantron I, Corp. (T-2462-91).....	D-36
---	------

PRIVACY

Moar v. Canada (Privacy Commissioner) (T.D.) (90-T-706).....	501
--	-----

PUBLIC SERVICE

See also: Practice, D-48

Laplante v. Canada (Treasury Board) (A-175-89).....	D-36
---	------

Appeals

Noël v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-941-90).....	D-25
---	------

Labour Relations

Canada (Attorney General) v. Dupuis (A-497-90).....	D-49
Canada (Minister of National Defence) v. Mongrain (C.A.) (A-911-90, A-914-90).....	472
Dragseth v. Canada (Treasury Board) (A-937-90, A-948-90).....	D-36
Public Service Alliance of Canada v. Canada (Treasury Board) (A-189-91).....	D-50

Selection Process*Competitions*

Éthier v. Canada (RCMP Commissioner) (T.D.) (T-3388-90).....	109
--	-----

Termination of Employment*Probation*

Hack v. Canada (Deputy Minister of Employment and Immigration) (T.D.) (T-1751-91).....	219
Mathieu v. Canada (Deputy Minister of National Defence) (T-2060-91).....	D-37

PUBLIC WORKS

Cegeco Construction Ltée v. Canada (Public Works) (T-2733-91).....	D-50
--	------

SECURITY INTELLIGENCE

See also: Privacy, 501

Kwan v. Canada (Canadian Security Intelligence Service) (T.D.) (T-502-90).....	237
--	-----

TORTS

See: Crown, 25, D-2

TRADE MARKS

See also: Crown, D-39

CCH Canadian Ltd. v. Butterworths Canada Ltd. (T.D.) (T-442-91).....	3
Nestle Enterprises Ltd. v. Edan Food Sales Inc. (T.D.) (T-1109-91).....	182
Polo Ralph Lauren Corp. v. Cameo Optical Ltd. (A-868-91).....	D-37

TRADE MARKS—Continued**Expungement**

California Fashion Industries, Inc. v. Reitmans (Canada) Ltd. (T-387-91)	D-37
White Consolidated Industries, Inc. v. Beam of Canada Inc. (T-343-90)	D-12

Infringement

Canadian Olympic Assn. v. Konica Canada Inc. (C.A.) (A-279-90)	797
Guccio Gucci S.P.A. v. Meubles Renel Inc. (T-780-90)	D-37
Nutman Co. v. Magic Afterburners Inc. (T-1519-91)	D-50
697234 Ontario Inc. v. Spruce Goose Brewing Co. (The) (T-2448-91)	D-38

Practice

Harvey Woods Inc. v. Woods Canada Ltd. (T-1443-91)	D-13
MacDan Inc. v. International Clothiers Inc. (T-1812-91)	D-25
Montres Rolex S.A. v. Lifestyles Imports Inc. (T-476-88)	D-25

Registration

Alfred Grass Gesellschaft M.B.H. v. Grant Industries Inc. (T-185-89)	D-50
Canadian Olympic Assn. v. Olympus Optical Co. (A-644-90)	D-13
Kitchen Craft Connection Ltd. v. Canada (Registrar of Trade-Marks) (T-2975-89)	D-13
Molson Breweries v. Pernod Ricard (T-1790-90)	D-38

TRANSPORTATION

Air Atonabee Ltd. v. Toronto Harbour Commissioners (A-597-90)	D-50
---	------

UNEMPLOYMENT INSURANCE

Canada v. Cassidy (A-818-90)	D-38
Canada (Attorney General) v. Dawley (A-1050-90)	D-51
Canada (Attorney General) v. Frenette (A-951-90)	D-51
Canada (Attorney General) v. Gaudet (A-131-90)	D-51
Canada (Attorney General) v. Malvaud (A-12-91)	D-25
Canada (Attorney General) v. Sylvain (A-769-90)	D-38
Giroux v. M.N.R. (A-1092-90)	D-25
Jackson v. Canada (Attorney General) (A-1073-90)	D-25
Ostonal v. Canada (Employment and Immigration) (A-1105-90)	D-13

VETERANS

Chénier (Re) (A-927-90)	D-13
-------------------------------	------

TABLE DES MATIÈRES DU VOLUME

	PAGE
ACCÈS À L'INFORMATION	
Northern Cruiser Co. c. Canada (T-109-90).....	F-1
Woodard c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) (T-1348-89).....	F-31
X c. Canada (Ministre de la Défense nationale) (1 ^{re} inst.) (T-2886-84).....	77
AGRICULTURE	
<i>Voir aussi: Animaux, F-17</i>	
Agricultural Credit Corp. of Saskatchewan c. Bureau d'examen de l'endettement agricole pour le sud de la Saskatchewan (T-510-91).....	F-17
Brewer Bros. c. Canada (Procureur général) (C.A.) (A-160-90).....	25
ANCIENS COMBATTANTS	
Chénier (Re) (A-927-90).....	F-1
ANIMAUX	
Nelson c. Canada (Ministre de l'Agriculture) (P-5-90).....	F-17
ASSURANCE-CHÔMAGE	
Canada c. Cassidy	F-31
Canada (Procureur général) c. Dawley (A-1050-90).....	F-47
Canada (Procureur général) c. Frenette (A-951-90).....	F-47
Canada (Procureur général) c. Gaudet (A-131-90).....	F-47
Canada (Procureur général) c. Malvaud (A-12-91).....	F-18
Canada (Procureur général) c. Sylvain (A-769-90).....	F-31
Giroux c. M.R.N. (A-1092-90).....	F-17
Jackson c. Canada (Procureur général) (A-1073-90).....	F-17
Ostanol c. Canada (Emploi et Immigration) (A-1105-90).....	F-1
BREVETS	
<i>Voir aussi: Compétence de la Cour fédérale, F-33</i>	
Contrefaçon	
LME Petroscope Ltd. c. MacGregor (T-3195-90).....	F-48
Martinray Industries Ltd. c. Les Fabricants National Dagendor Manufacturing Ltd. (T-662-87).....	F-31
Procter & Gamble Co. c. Kimberly-Clark of Canada Ltd. (T-1493-86).....	F-47
TRW Inc. c. Walbar of Canada Inc. (A-107-91).....	F-19
Wellcome Foundation Ltd. c. Apotex Inc. (T-80-83).....	F-18

BREVETS—Suite**Pratique**

Diversified Products Corp. c. Consumers Distributing Co. (T-2342-86).....	F-19
Diversified Products Corp. c. Consumers Distributing Co. (T-2342-86).....	F-48
Hancor, Inc. c. Systèmes de drainage Modernes Inc. (T-2126-85).....	F-2

CITOYENNETÉ

Benner c. Canada (Secrétaire d'État) (1 ^{re} inst.) (T-442-90).....	771
Canada (Secrétaire d'État) c. Luitjens (T-460-88).....	F-19

Conditions de résidence

Canada (Ministre d'État au Multiculturalisme et à la citoyenneté) c. Julien (T-1177-91).....	F-49
El-Nahoum (Re) (T-581-91).....	F-32
Lee (Re) (T-270-91).....	F-32
Li (Re) (T-440-91).....	F-49
Shaw (Re) (T-840-90).....	F-2
Yue (Re) (T-188-91).....	F-32

Connaissances requises

Bagrowicz (Re) (T-2554-90).....	F-33
Elangance (Re) (T-2462-90).....	F-20
Forghanian-Arani (Re) (T-4-91).....	F-33
Gayed (Re) (T-2855-90).....	F-33
Khat (Re) (T-2883-90).....	F-20
Khoury (Re) (T-2494-90).....	F-32
Koskay (Re) (T-3389-90).....	F-2

COALITIONS

Chrysler Canada Ltée c. Canada (Tribunal de la concurrence) (A-505-89).....	F-2
Gauthier c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches) (A-374-91).....	F-20
Hillsdown Holdings (Canada) Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches) (A-684-91).....	F-20

COMMERCE EXTÉRIEUR

Nestle Entreprises Ltd. c. Edan Food Sales Inc. (1 ^{re} inst.) (T-1109-91).....	182
--	-----

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE**Section d'appel**

Mahabir c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.).....	133
Mark c. Canada (Ministre des Pêches et Océans) (A-959-91).....	F-33

Section de première instance

Compania Maritima Villa Nova S.A. c. Northern Sales Co. (C.A.) (A-319-89)	550
Kealey c. Canada (Procureur général) (1 ^{re} inst.) (T-1786-90).....	195
R.W. Blacktop Ltd. c. Artec Equipment Co. (T-859-90).....	F-33

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE—Suite**Section de première instance—Suite**

Sunday c. Comité d'élection d'Akwesasne (T-2023-91)	F-33
---	------

CONFLIT DES LOIS

Compania Maritima Villa Nova S.A. c. Northern Sales Co. (C.A.) (A-319-89)	550
Ontario Bus Industries Inc. c. Federal Calumet (Le) (1 ^{re} inst.) (T-2353-86)	245

CONTRATS

Thomas Fuller Construction Co., (1958) Ltd. c. Canada (1 ^{re} inst.) (T-1036-87, T-1416-87).....	512
--	-----

CONTRÔLE JUDICIAIRE

IBM Canada Ltd. c. Sous-ministre M.R.N., Douanes et Accise (C.A.) (A-984-88)	663
Montréal (Ville) c. Canada (Office national des transports) (A-318-90)	F-49
Murray c. Canada (Ministre de l'Agriculture) (T-826-91)	F-49
Société canadienne des postes c. Syndicat des postiers du Canada (A-803-90)	F-50
Société Radio-Canada c. O'Connell (A-285-90)	F-2
Yusuf c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) (A-1116-90)	629

Brefs de prérogative

Lam c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.) (T-2640-91)	613
Mercier c. Canada (Commission des droits de la personne) (T-1742-91)	F-50

Certiorari

CNG Transmission Corp. c. Canada (Office national de l'énergie) (1 ^{re} inst.) (T-2252-91).....	346
Éthier c. Canada (Commissaire de la GRC) (1 ^{re} inst.) (T-3388-90).....	109
Travailleurs des pâtes, des papiers et du bois du Canada, Section locale 8 c. Canada (Ministre de l'Agriculture) (1 ^{re} inst.) (T-3188-90)	372

Mandamus

Administration régionale crie c. Canada (Administrateur fédéral) (1 ^{re} inst.) (T-451-91).....	440
---	-----

Prohibition

CNG Transmission Corp. c. Canada (Office national de l'énergie) (1 ^{re} inst.) (T-2252-91).....	346
---	-----

Demandes de révision

Longia c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-1059-90, A-1060-90)	F-21
Mahabir c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) (A-869-91)	133
Quantum Management Services Ltd. c. Canada (Procureur général) (T-2577-91)	F-21
Singh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-74-91).....	F-21

CONTRÔLE JUDICIAIRE—Suite**Recours en equity****Injonctions**

Horii c. Canada (C.A.) (A-841-91).....	142
--	-----

COURONNE

Voir aussi: Contrats, 512

Contrats

Automobiles Giguère Inc. c. Canada (T-2281-88).....	F-50
---	------

Mandat

Brault-Clément Inc. c. Canada (A-137-86).....	F-34
---	------

Prérogatives

Société canadienne des postes c. Canada (Registraire des marques de commerce) (T-1602-91).....	F-50
---	------

Responsabilité délictuelle

Brewer Bros. c. Canada (Procureur général) (C.A.) (A-160-90).....	25
Comte c. Canada (A-170-91).....	F-3
Devloo c. Canada (A-171-90).....	F-3
Kealey c. Canada (Procureur général) (1 ^{re} inst.) (T-1786-90).....	195
Kuczerpa c. Canada (T-229-90).....	F-35
Muller c. Canada (T-1297-88).....	F-21
Prieur c. Canada (T-558-89).....	F-51
Sarnia Cranes Ltd. c. Canada (T-2878-89).....	F-34
Swanson c. Canada (Ministre des Transports) (C.A.) (A-163-90).....	408

DÉCLARATION DES DROITS

Voir: Immigration, 592

DOUANES ET ACCISE**Loi sur la taxe d'accise**

Grantham Foods Ltd. c. Canada (T-1824-90, T-1825-90).....	F-35
International Forest Products Ltd. c. Canada (T-1820-90, T-1813-90).....	F-3
Jager Industries Inc. c. Canada (A-57-91).....	F-51
Monarch Concrete Products Ltd. c. Canada (A-504-89).....	F-35

Tarif des douanes

Bristol-Myers Canada Inc. c. M.R.N. (A-208-90).....	F-3
IBM Canada Ltd. c. Sous-ministre M.R.N., Douanes et Accise (C.A.) (A-984-88)	663

DROIT AÉRIEN

Fry c. Canada (Tribunal de l'aviation civile) (A-129-91).....	F-36
Swanson c. Canada (Ministre des Transports) (C.A.) (A-163-90)	408

DROIT CONSTITUTIONNEL

Voir aussi: Immigration, F-25, 592; Pénitenciers, F-12

Charte des droits

O'Sullivan c. M.R.N. (1 ^{re} inst.) (T-2758-90)	522
--	-----

Droits à l'égalité

Benner c. Canada (Secrétaire d'État) (1 ^{re} inst.) (T-442-90)	771
Egan c. Canada (1 ^{re} inst.) (T-2425-88).....	687
Janitzki c. Canada (C.A.) (A-381-90).....	300

Libertés fondamentales

O'Sullivan c. M.R.N. (1 ^{re} inst.) (T-2758-90)	522
--	-----

Procédures criminelles et pénales

Benner c. Canada (Secrétaire d'État) (1 ^{re} inst.) (T-442-90)	771
Blouin c. Canada (T-410-89).....	F-36
Canada c. Duncan (1 ^{re} inst.) (T-1508-89, T-1509-89).....	713

Recours

Mahabir c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) (A-869-91)	133
--	-----

Vie, liberté et sécurité

Canada c. Duncan (1 ^{re} inst.) (T-1508-89, T-1509-89).....	713
Grewal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) (A-619-90)	581
Singh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.) (T-163-91)	332

Partage des pouvoirs

Administration régionale crie c. Canada (Administrateur fédéral) (1 ^{re} inst.) (T-451-91).....	440
Assoc. Olympique Canadienne c. Konica Canada Inc. (C.A.) (A-279-90).....	797
Compania Maritima Villa Nova S.A. c. Northern Sales Co. (C.A.) (A-319-89)	550

DROIT D'AUTEUR

FWS Joint Sports Claimants c. Canada (Commission du droit d'auteur) (C.A.) (A-883-90).....	487
---	-----

Contrefaçon

Assoc. Olympique Canadienne c. Konica Canada Inc. (C.A.) (A-279-90).....	797
--	-----

Dommages-intérêts

Profekta International Inc. c. Nguyen (T-285-89).....	F-4
---	-----

DROIT D'AUTEUR—Suite**Injonctions**

CCH Canadian Ltd. c. Butterworths Canada Ltd. (1 ^{re} inst.) (T-442-91).....	3
---	---

Pratique

Compleat Communications Ltd. c. Luna Banquet Hall Ltd. (T-1561-91).....	F-22
---	------

DROIT MARITIME

Voir aussi: Pratique, F-59

Compania Maritima Villa Nova S.A. c. Northern Sales Co. (C.A.) (A-319-89)	550
---	-----

Assurance

Morris c. Canada (Ministère des Pêches et Océans) (T-305-90)	F-4
--	-----

Contrats

Lundberg c. Manitou III (Le) (T-2180-88).....	F-51
Pakistan National Shipping Corp. c. Canada (T-3112-90)	F-4
Sam Vézina Inc. c. Administration de pilotage des Laurentides (T-663-88)	F-51

Créanciers et débiteurs

Feliciano c. Yuko Maru no 10 (Le) (T-1906-91)	F-5
---	-----

Pratique

Klockner Namasco Corp. c. Federal Hudson (Le) (T-1025-90, T-1026-90).....	F-5
Mark Fishing Co. c. Vancouver Fireboat No. 2 (Le) (A-1036-90).....	F-52
Shibamoto & Co. c. Western Fish Producers Inc. (Syndic) (T-1810-88).....	F-5
Taiyo Gyogyo K.K. c. Tuo Hai (Le) (T-1951-91)	F-22
Taiyo Gyogyo K.K. c. Tuo Hai (Le) (T-1951-91)	F-22

Privilèges et hypothèques

Shibamoto & Co. c. Nicolle N (Le) (T-1810-88)	F-6
---	-----

Responsabilité délictuelle

Boileau c. Charlebois (T-2498-87).....	F-52
Engine and Leasing Co. c. Atlantic Towing Ltd. (T-6197-81)	F-52

Transport de marchandises

Ontario Bus Industries Inc. c. Federal Calumet (Le) (1 ^{re} inst.) (T-2353-86).....	245
--	-----

DROITS DE LA PERSONNE

Voir aussi: Contrôle judiciaire, F-2; Pratique, F-15

Canada (Ministre de la Défense nationale) c. Mongrain (C.A.) (A-911-90, A-914-90)	472
Morisset c. Canada (Commission des droits de la personne) (T-1937-91).....	F-22
Odiatu c. Canada (Gendarmerie royale du Canada) (A-29-91).....	F-36

ÉNERGIE

CNG Transmission Corp. c. Canada (Office national de l'énergie) (1 ^{re} inst.) (T-2252-91).....	346
---	-----

ENVIRONNEMENT

Administration régionale crie c. Canada (Administrateur fédéral) (1 ^{re} inst.) (T-451-91).....	440
Bande Eastmain c. Canada (Administrateur fédéral) (T-1512-91).....	F-23
Tetzlaff c. Canada (Ministre de l'Environnement) (1 ^{re} inst.) (T-2230-89).....	261

EXPROPRIATION

Canada (Procureur général) c. Terre-Neuve (T-62-91).....	F-6
--	-----

FONCTION PUBLIQUE

Voir aussi: Pratique, F-60

Laplante c. Canada (Conseil du Trésor) (A-175-89).....	F-36
--	------

Appels

Noël c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-941-90).....	F-23
---	------

Fin d'emploi*Stage*

Hack c. Canada (Sous-ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.) (T-1751-91).....	219
Mathieu c. Canada (Sous-ministre de la Défense nationale) (T-2060-91).....	F-36

Procédure de sélection*Concours*

Éthier c. Canada (Commissaire de la GRC) (1 ^{re} inst.) (T-3388-90).....	109
---	-----

Relations du travail

Alliance de la Fonction publique du Canada c. Canada (Conseil du Trésor) (A-189-91).....	F-53
Canada (Ministre de la Défense nationale) c. Mongrain (C.A.) (A-911-90, A-914-90).....	472
Canada (Procureur général) c. Dupuis (A-497-90).....	F-53
Dragseth c. Canada (Conseil du Trésor) (A-937-90, A-948-90).....	F-37

FORCES ARMÉES

Veilleux c. Canada (Procureur général) (T-2174-91).....	F-23
---	------

HYPOTHÈQUES

Fiducie, Prêt et Revenu c. Canada (Société d'hypothèques et de logement) (A-64-86).....	F-23
--	------

IMMIGRATION*Voir aussi:* Contrôle judiciaire, F-21; Pratique, F-60

Bakkeskaug c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-1837-91)	F-38
Canada Eighty-Eight Fund Ltd. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-2303-91)	F-38
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Gill (A-219-90)	F-54
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Jhooti (A-363-90)	F-38
Kumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-1356-91)	F-24
Mannan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-1359-91)	F-37
Okwe c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-383-89)	F-54
Parihar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-1987-91)	F-6
Pollard c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-1039-91)	F-6
Shandi (Re) (IMM-3-91)	F-53
Steward c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-384-90)	F-24
Xie c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (91-T-99)	F-24

Expulsion

Tavaga c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (91-T-132)	F-6
--	-----

Pratique

Aguilar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (91-T-55)	F-7
Choi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Shaw (A-94-89)	F-24
Choi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) (A-851-90)	763
Conception c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-1042-91)	F-55
Condo c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-2066-91)	F-55
Dawkins c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.) (T-2866-90)	639
Dhanjal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-1071-91)	F-7
Gill c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-484-91)	F-7
Gill c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-2103-91)	F-7
Lam c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.) (T-2640-91)	613
Loi sur l'immigration (Re) (A-656-91)	F-55
Mahabir c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) (A-869-91)	133
Marc c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-199-91)	F-55
Nadan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-2932-91)	F-55
Owusu c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-2910-90)	F-55
Singh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.) (T-163-91)	332
Vaca c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-278-91)	F-7

Statut de réfugié

Aranguiz c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-695-90)	F-26
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Basra	F-38
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Leal (A-984-90)	F-8
Grewal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) (A-619-90)	581
Jocelyn c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-821-90)	F-56
Kocab c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-83-91)	F-56
Mahathmaseelan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-555-90)	F-55
Mansour c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-654-90)	F-56
Naiker c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-409-91)	F-56

IMMIGRATION—Suite**Statut de réfugié—Suite**

Orelien c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) (A-993-90, A-222-91)	592
Pour c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-655-90).....	F-39
Prasad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-89-91).....	F-39
Rasaratnam c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) (A-232-91).....	706
Said c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-631-90).....	F-25
Sathanandan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-645-90)	F-25
Yusuf c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) (A-1116-90)	629

IMPÔT SUR LE REVENU

Voir aussi: Couronne, F-34; Pratique, F-61

Canada c. Duncan (1 ^{re} inst.) (T-1508-89, T-1509-89).....	713
De Luca c. M.R.N. (A-251-87).....	F-26
M.R.N. c. Chrysler Canada Ltée (T-1121-90).....	F-8
O'Sullivan c. M.R.N. (1 ^{re} inst.) (T-2758-90).....	522

Calcul du revenu

Boger, succession c. Canada (1 ^{re} inst.) (T-218-89).....	152
Maritime Telegraph and Telephone Co. c. Canada (C.A.) (A-1072-90, A-1098-90)	753
Signum Communications Inc. c. Canada (A-997-88).....	F-26
West Kootenay Power and Light Co. c. Canada (C.A.) (A-246-91).....	732
Witherspoon c. M.R.N. (T-476-86).....	F-26

Déductions

Edwardes c. Canada (T-1986-88).....	F-39
Friedberg c. Canada (A-65-89).....	F-56
Lutheran Life Insurance Society of Canada c. Canada (T-1391-83).....	F-8
Plaza Pontiac Buick Ltd. c. M.R.N. (T-1987-83).....	F-26
QIT-Fer et Titane Inc. c. Canada (T-2196-86).....	F-56
Reg Rad Tech Ltd. c. Canada (A-455-90).....	F-26
Rolls-Royce (Canada) Ltd. c. Canada (T-1515-86).....	F-9
Wilson c. M.R.N. (A-164-90).....	F-26

Entreprise agricole

Blake c. M.R.N. (T-1424-84).....	F-10
White c. M.R.N. (T-398-87).....	F-27

Gains en capital

Bodrug, succession c. Canada (A-785-90).....	F-57
Canada c. Kieboom (1 ^{re} inst.) (T-2604-90).....	276
Fourt c. M.R.N. (T-1879-88).....	F-39
Stursberg c. M.R.N. (T-1268-90).....	F-10
Vancouver Art Metal Works Ltd. c. Canada (T-2074-87).....	F-39

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**Calcul du revenu—Suite***Revenu ou gain en capital*

Schofield Oil Ltd. c. Canada (A-89-89)	F-57
--	------

Compagnies associées

Peter Cundill & Associates Ltd. c. Canada (A-58-91).....	F-27
--	------

Corporations

Canada c. Kieboom (1 ^{re} inst.) (T-2604-90).....	276
--	-----

Donations

Canada c. Kieboom (1 ^{re} inst.) (T-2604-90).....	276
--	-----

Nouvelle cotisation

Canadian Marconi Co. c. Canada (C.A.) (A-438-89)	655
Honig c. M.R.N. (T-936-87, T-937-87, T-938-87, T-939-87).....	F-40

Pratique

Boger, succession c. Canada (1 ^{re} inst.) (T-218-89).....	152
Canada c. Lee (C.A.) (A-249-91).....	403
Canada (Procureur général) c. Bowen (C.A.) (A-541-90)	311
Erasmus c. Canada (T-148-91), voir Nation Dénée c. Canada (T-148-91)	F-27
Khalil c. Canada (T-2078-89).....	F-57
Nation Dénée c. Canada (T-148-91), voir Erasmus c. Canada (T-148-91)	F-27
Splane c. Canada (A-104-91)	F-40

Saisies

Wolf (Re) (ITA-4408-83).....	F-10
------------------------------	------

INJONCTIONS

CCH Canadian Ltd. c. Butterworths Canada Ltd. (1 ^{re} inst.) (T-442-91).....	3
Ligue de taxis de Montréal Inc. (A-11) c. Gauthier (T-2367-91)	F-27
Nestle Enterprises Ltd. c. Edan Food Sales Inc. (1 ^{re} inst.) (T-1109-91).....	182

INSTITUTIONS FINANCIÈRES

Banque Nationale du Canada c. Canada (Surintendant des institutions financières) (A-141-91).....	F-40
--	------

INTERPRÉTATION DES LOIS

Halferdahl c. Canada (Registraire minier du district minier de Whitehorse) (C.A.) (A-181-90).....	813
IBM Canada Ltd. c. Sous-ministre M.R.N., Douanes et Accise (C.A.) (A-984-88)	663
Moar c. Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) (1 ^{re} inst.) (90-T-706).....	501

LIBÉRATION CONDITIONNELLE

Cardinal c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) (A-815-90).....	F-58
Prasad c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) (T-2150-91).....	F-40

MARQUES DE COMMERCE*Voir aussi:* Couronne, F-50

CCH Canadian Ltd. c. Butterworths Canada Ltd. (1 ^{re} inst.) (T-442-91).....	3
Nestle Enterprises Ltd. c. Edan Food Sales Inc. (1 ^{re} inst.) (T-1109-91).....	182
Polo Ralph Lauren Corp. c. Cameo Optical Ltd. (A-868-91).....	F-41

Contrefaçon

Assoc. Olympique Canadienne c. Konica Canada Inc. (C.A.) (A-279-90).....	797
Guccio Gucci S.P.A. c. Meubles Renel Inc. (T-780-90).....	F-41
Nutman Co. c. Magic Afterburners Inc. (T-1519-91).....	F-58
697234 Ontario Inc. c. Spruce Goose Brewing Co. (T-2448-91).....	F-41

Enregistrement

Alfred Grass Gesellschaft m.b.h. c. Grant Industries Inc. (T-185-89).....	F-58
Assoc. Olympique canadienne c. Olympus Optical Co. (A-644-90).....	F-11
Kitchen Craft Connection Ltd. c. Canada (Registraire des marques de commerce) (T-2975-89).....	F-10
Molson Breweries c. Pernod Ricard (T-1790-90).....	F-41

Pratique

Harvey Woods Inc. c. Woods Canada Ltd. (T-1443-91).....	F-10
Macdan Inc. c. International Clothiers Inc. (T-1812-91).....	F-28
Montres Rolex S.A. c. Lifestyles Imports Inc. (T-476-88).....	F-28

Radiation

California Fashion Industries, Inc. c. Reitmans (Canada) Ltd. (T-387-91).....	F-42
White Consolidated Industries, Inc. c. Beam of Canada Inc. (T-343-90).....	F-11

PÊCHES*Voir.* Compétence de la Cour fédérale, F-33**PÉNITENCIERS***Voir aussi:* Droit constitutionnel, F-36

Horii c. Canada (C.A.) (A-841-91).....	142
Malette c. Canada (Commissaire du Service correctionnel) (T-844-91).....	F-12

PEUPLES AUTOCHTONES*Voir aussi:* Compétence de la Cour fédérale, F-33; Interprétation des lois, 813; Pratique, F-44

Einish-Vollant c. Conseil des Indiens Montagnais de Schefferville (T-1709-91)	F-28
---	------

Terres

Administration régionale crie c. Canada (Administrateur fédéral) (1 ^{re} inst.) (T-451-91).....	440
Bande Enoch c. Canada (T-2330-75).....	F-12
Bande indienne de Bears paw c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien) (T-2377-88).....	F-28
Devil's Gas Cottages (1982) Ltd. c. Canada (T-2468-88).....	F-42

PRATIQUE

Kealey c. Canada (A-823-91).....	F-13
----------------------------------	------

Affidavits

Banque Toronto-Dominion c. Hypothèques Trustco Canada (T-1669-91).....	F-13
--	------

Appels et nouveaux procès

Canada c. Jala Godavari (A-112-91).....	F-42
Janitzki c. Canada (C.A.) (A-381-90).....	300

Communication de documents et interrogatoire préalable*Interrogatoire préalable*

Canada c. ICHI Canada Ltd. (1 ^{re} inst.) (T-787-88).....	571
Taylor c. Canada (1 ^{re} inst.) (T-345-88).....	316

Production de documents

Bhadrachalam Paperboards Ltd. c. Philippine Victory (Le) (T-1604-89, T-2936-89, T-258-90).....	F-59
Canadian Assn. of Regulated Importers c. Canada (Procureur général) (T-2448-90).....	F-13
Dégario c. Canada (Directeur du pénitencier, Ste-Anne des Plaines) (T-3386-90)	F-29

Communications privilégiées

Franceur c. Canada (T-2153-87).....	F-13
-------------------------------------	------

Détermination préliminaire sur un point de droit

Tribro Investments Ltd. c. Embassy Suites, Inc. (T-2150-90).....	F-59
--	------

Frais et dépenses

A'Hearn c. Altrans Express Ltd. (T-79-90).....	F-29
Bailey c. Canada (T-626-91).....	F-14
Beloit Canada Ltée c. Valmet-Dominion Inc. (A-587-89, A-588-89, A-589-89, A-590-89).....	F-43
Canada c. Lee (C.A.) (A-249-91).....	403
Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports) (T-865-89).....	F-14
Nekoosa Packaging Corp. c. AMCA International Ltd. (T-1848-82).....	F-59
Nekoosa Packaging Corp. c. AMCA International Ltd. (T-1848-82).....	F-59

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

Pacific Building Maintenance Ltd. c. Canada (T-448-84).....	F-59
Satellite Earth Station Technology, Inc. c. Canada (T-2308-88).....	F-14
Sutherland c. M.R.N. (T-1856-89).....	F-43
Waterfurnace Inc. c. 803943 Ontario Ltd. (T-409-90).....	F-14

Jugements et ordonnances

Horii c. Canada (C.A.) (A-841-91).....	142
Western Canada Wilderness Committee c. Canada (Ministre de l'Environnement) (T-2913-90).....	F-14

Annulation ou modification

Al Haddad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-961-90) ...	F-60
Barrigar & Oyen c. Canada (Registraire des marques de commerce) (T-2272-90)	F-15
Chenier (Re) (A-927-90).....	F-43
Rostmanian c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (89-A-1595)	F-15

Exécution

Tetzlaff c. Canada (Ministre de l'Environnement) (1 ^{re} inst.) (T-2230-89).....	261
---	-----

Jugement par défaut

Creighton c. Creighton Holdings Ltd. (T-1898-91).....	F-43
---	------

Suspension d'exécution

Casden c. Cooper Enterprises Ltd. (A-605-90).....	F-15
Conseil de la tribu Carrier-Sekani c. Canada (Ministre de l'Environnement) (T-2686-90, T-2687-90).....	F-43
Shibamoto & Co. c. Nicolle N (Le) (T-1810-88).....	F-43

Modification des délais

Bio-Generation Laboratories Inc. c. Pantron I, Corp. (T-2462-91).....	F-44
---	------

Parties

Kealey c. Canada (Procureur général) (1 ^{re} inst.) (T-1786-90).....	195
Moar c. Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) (1 ^{re} inst.) (90-T-706).....	501

Jonction

Molson Breweries Canada, société en nom collectif c. Canada (Registraire des marques de commerce) (T-2320-91).....	F-29
---	------

Qualité pour agir

Egan c. Canada (1 ^{re} inst.) (T-2425-88).....	687
O'Sullivan c. M.R.N. (1 ^{re} inst.) (T-2758-90).....	522

PRATIQUE—Suite**Plaidoiries***Détails*

Gilbert c. Frank H. Brown (Le) (T-1457-90).....	F-44
Kibale c. Canada (T-1891-88).....	F-29

Modifications

Three Buoys Houseboat Builders Ltd. c. M.R.N. (A-142-90).....	F-15
---	------

Requête en radiation

Chez FM, Inc. c. Télémedia Communications Inc. (T-1829-91)	F-15
Cominco Ltd. c. Canada (Office des eaux des Territoires du Nord-Ouest (T-972-90).....	F-44
David c. Kluger (T-5-91).....	F-15
Deer c. Conseil Mohawk de Kahnawake (A-1040-90).....	F-61
Derrickson c. Canada (T-910-90).....	F-44
Exco Energy Ltd. (Syndic) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources) (T-808-86).....	F-60
Incendex Inc. c. Canada (T-429-91)	F-29
Karlsson c. M.R.N. (T-1267-91)	F-61
Rudowski c. Canada (T-809-91)	F-45
Salem c. Canada (T-2139-91).....	F-45
Shiloff c. Canada (T-2797-89).....	F-60

Prescription

Bérubé c. Makita Outils Électriques Canada Ltée (T-2096-89)	F-29
Miucci c. Canada (T-348-91)	F-61

Preuve

Éthier c. Canada (Commissaire de la GRC) (1 ^{re} inst.) (T-3388-90).....	109
---	-----

Références

Jonas Browne & Hubbard (G'DA) Ltd. c. Caricom Venture (Le) (T-976-88).....	F-45
--	------

Rejet des procédures*Défaut de poursuivre*

Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd. (T-1727-86)	F-45
Duval c. Canada (T-1-85).....	F-61

Représentation par procureur ou solicitor

Bishay c. M.R.N. (T-1940-91)	F-15
------------------------------------	------

Signification

Klockner Namasco Corp. c. Federal Hudson (Le) (T-1025-90, T-1026-90)	F-61
--	------

PRATIQUE—Suite**Suspension d'instance**

Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd. (T-1727-86)	F-30
Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada (T-1059-91).....	F-15

PRODUITS DANGEREUX

Travailleurs des pâtes, des papiers et du bois du Canada, Section locale 8 c. Canada (Ministre de l'Agriculture) (1 ^{re} inst.) (T-3188-90)	372
---	-----

PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS

Moar c. Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) (1 ^{re} inst.) (90-T-706).....	501
--	-----

RELATIONS DU TRAVAIL

Canada (Procureur général) c. Alliance des artistes canadiens du cinéma, de la télévision et de la radio (ACTRA) (A-102-91).....	F-16
Thorsen c. Silk FM Broadcasting Ltd. (A-992-90).....	F-16
Union des facteurs du Canada c. Syndicat des postiers du Canada (A-626-90)	F-16

RENSEIGNEMENT DE SÉCURITÉ

Voir aussi: Protection des renseignements personnels, 501

Kwan c. Canada (Service canadien du renseignement de sécurité) (1 ^{re} inst.) (T-502-90).....	237
---	-----

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

Voir: Couronne, 25, F-3

SANTÉ ET BIEN-ÊTRE SOCIAL

Egan c. Canada (1 ^{re} inst.) (T-2425-88).....	687
---	-----

TRANSPORTS

Air Atonabee Ltd. c. Commissaires du havre de Toronto (A-597-90).....	F-61
---	------

TRAVAUX PUBLICS

Cegeco Construction Ltée c. Canada (Travaux publics) (T-2733-91).....	F-62
---	------

**TABLE
OF CASES DIGESTED
IN THIS VOLUME**

	PAGE
A	
Agricultural Credit Corp. of Saskatchewan v. Farm Debt Review Board for Saskatchewan South	D-15
Aguilar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-3
A’Hearn v. Alltrans Express Ltd.....	D-23
Air Atonabee Ltd. v. Toronto Harbour Commissioners	D-50
Al Haddad v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-48
Alfred Grass Gesellschaft M.B.H. v. Grant Industries Inc.	D-50
Aranguiz v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-19
Automobiles Giguère Inc. v. Canada	D-39
B	
Bagrowicz (Re).....	D-27
Bailey v. Canada	D-10
Bakkeskaug v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-31
Barrigar & Oyen v. Canada (Registrar of Trade Marks).....	D-11
Bearspaw Band of Indians v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs).....	D-22
Beloit Canada Ltd. v. Valmet-Dominion Inc.	D-34
Bérubé v. Makita Outils Électriques Canada Ltée	D-24
Bhadrachalam Paperboards Ltd. v. Philippine Victory (The)	D-47
Bishay v. M.N.R.	D-12
Bio-Generation Laboratories Inc. v. Pantron I, Corp.....	D-36
Blake v. M.N.R.	D-6
Blouin v. Canada.....	D-28
Bodrug Estate v. Canada.....	D-43
Boileau v. Charlebois.....	D-45
Brault-Clément Inc. v. Canada	D-29
Bristol-Myers Canada Inc. v. M.N.R.	D-2
C	
California Fashion Industries, Inc. v. Reitmans (Canada) Ltd.	D-37
Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.	D-24
Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.	D-34
Canada v. Cassidy	D-38
Canada v. Jala Godavari (The).....	D-34

	PAGE
Canada (Attorney General) v. Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists (ACTRA)	D-7
Canada (Attorney General) v. Dawley.....	D-51
Canada (Attorney General) v. Dupuis.....	D-49
Canada (Attorney General) v. Frenette.....	D-51
Canada (Attorney General) v. Gaudet.....	D-51
Canada (Attorney General) v. Malvaud.....	D-25
Canada (Attorney General) v. Newfoundland	D-3
Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada	D-12
Canada (Attorney General) v. Sylvain.....	D-38
Canada Eighty-Eight Fund Ltd. v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-31
Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Basra	D-32
Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Gill	D-41
Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Jhooti.....	D-32
Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Leal	D-4
Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Shaw.....	D-18
Canada (Minister of State for Multiculturalism and Citizenship) v. Julien.....	D-39
Canada Post Corp. v. Canada (Registrar of Trade-marks).....	D-39
Canada Post Corp. v. Canadian Union of Postal Workers	D-44
Canada (Secretary of State) v. Luitjens	D-15
Canadian Assn. of Regulated Importers v. Canada (Attorney General)	D-10
Canadian Broadcasting Corporation v. O'Connell	D-6
Canadian Olympic Assn. v. Olympus Optical Co.....	D-13
Cardinal v. Canada (National Parole Board).....	D-46
Carrier-Sekani Tribal Council v. Canada (Minister of the Environment).....	D-35
Casden v. Cooper Enterprises Ltd.....	D-11
Cegeco Construction Ltée v. Canada (Public Works).....	D-50
Chénier (Re)	D-13
Chenier (Re)	D-35
Chez FM, Inc. v. Telemedia Communications Inc.....	D-11
Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal)	D-1
Cominco Ltd. v. Canada (Northwest Territories Water Board).....	D-35
Compleat Communications Ltd. v. Luna Banquet Hall Ltd.	D-16
Comte v. Canada.....	D-2
Conception v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-42
Condo v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-41
Creighton v. Creighton Holdings Ltd.....	D-34

D

David v. Kluger.....	D-11
De Luca v. M.N.R.....	D-19
Deer v. Mohawk Council of Kahnawake.....	D-49
Dégarie v. Canada (Penitentiary Warden, Ste-Anne des Plaines).....	D-24
Dene Nation v. Canada	D-21
Derrickson v. Canada.....	D-35
Devil's Gap Cottages (1982) Ltd. v. Canada	D-33
Devloo v. Canada.....	D-2
Dhanjal v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-4
Diversified Products Corp. v. Consumers Distributing Co.	D-23
Diversified Products Corp. v. Consumers Distributing Co.	D-47
Dragseth v. Canada (Treasury Board).....	D-36
Duval v. Canada.....	D-48

E

Eastmain Band v. Canada (Federal Administrator).....	D-17
Edwardes v. Canada.....	D-32
Einish-Vollant v. Conseil des Indiens Montagnais de Schefferville.....	D-22
El-Nahoum (Re).....	D-28
Elangange (Re).....	D-16
Engine and Leasing Co. v. Atlantic Towing Ltd.	D-45
Enoch Band v. Canada.....	D-8
Exco Energy Ltd. (Trustee of) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources).....	D-48

F

Feliciano v. Yuko Maru No. 10 (The).....	D-7
Fiducie, Prêt et Revenu v. Canada (Mortgage and Housing Corp.).....	D-22
Forghanian-Arani (Re).....	D-27
Fourt v. M.N.R.	D-32
Francoeur v. Canada	D-11
Friedberg v. Canada	D-43
Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport).....	D-10
Fry v. Canada (Civil Aviation Tribunal).....	D-27

G

Gauthier v. Canada (Director of Investigation and Research).....	D-16
Gayed (Re).....	D-27
Gilbert v. Frank H. Brown (The).....	D-36
Gill v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-484-91).....	D-4
Gill v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-2103-91).....	D-4
Giroux v. M.N.R.	D-25
Grantham Foods Ltd. v. Canada.....	D-30
Guccio Gucci S.P.A. v. Meubles Renel Inc.	D-37

H

Hancor, Inc. v. Systèmes de drainage Modernes Inc.....	D-9
Harvey Woods Inc. v. Woods Canada Ltd.....	D-13
Hillsdown Holdings (Canada) Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research).....	D-16
Honig v. M.N.R.	D-33

I

Immigration Act (Re).....	D-42
Incendex Inc. v. Canada.....	D-24
International Forest Products Ltd. v. Canada	D-3

J

Jackson v. Canada (Attorney General).....	D-25
Jager Industries Inc. v. Canada.....	D-40
Jocelyn v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-42
Jonas Browne & Hubbard (G'DA) Ltd. v. Caricom Venture (The).....	D-36

K

Karlsson v. M.N.R.	D-49
Kealey v. Canada	D-10
Khalil v. Canada.....	D-44
Khat (Re).....	D-16
Khouri (Re).....	D-27
Kibale v. Canada	D-24
Kitchen Craft Connection Ltd. v. Canada (Registrar of Trade-marks)	D-13
Klockner Namasco Corp. v. Federal Hudson (The).....	D-8
Klockner Namasco Corp. v. Federal Hudson (The).....	D-49
Kocab v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-42
Koskay (Re).....	D-1
Kuczperpa v. Canada	D-29
Kumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-18

L

LME Petroscope Ltd. v. MacGregor.....	D-46
Laplante v. Canada (Treasury Board)	D-36
Lee (Re).....	D-28
Letter Carriers' Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers	D-6
Li (Re)	D-39
Ligue de Taxis de Montréal Inc. (A-11) v. Gauthier	D-21
Longia v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-21
Lundberg v. Manitou III (The).....	D-45
Lutheran Life Insurance Society of Canada v. Canada.....	D-5

M

M.N.R. v. Chrysler Canada Ltd.	D-4
MacDan Inc. v. International Clothiers Inc.	D-25
Mahathmasseelan v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-42
Malette v. Canada (Commissioner of Corrections).....	D-9
Mannan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-31
Mansour v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-42
Marc v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-42
Mark v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)	D-30
Mark Fishing Co. v. Vancouver Fireboat No. 2 (The).....	D-45
Martinray Industries Ltd. v. Les Fabricants National Dagendor Manufacturing Ltd.	D-34
Mathieu v. Canada (Deputy Minister of National Defence).....	D-37
Mercier v. Canada (Human Rights Commission).....	D-44
Miucci v. Canada	D-48
Molson Breweries v. Pernod Ricard	D-38

	PAGE
Molson Breweries, a Partnership, v. Canada (Registrar of Trade-marks).....	D-24
Monarch Concrete Products Ltd. v. Canada.....	D-30
Montréal (City) v. Canada (National Transportation Agency)	D-44
Montres Rolex S.A. v. Lifestyles Imports Inc.....	D-25
Morris v. Canada (Department of Fisheries and Oceans).....	D-7
Morisset v. Canada (Human Rights Commission).....	D-18
Muller v. Canada.....	D-17
Murray v. Canada.....	D-44

N

Nadan v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-41
Naiker v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-42
National Bank of Canada v. Canada (Superintendent of Financial Institutions).....	D-31
Nekoosa Packaging Corp. v. AMCA International Ltd.	D-47
Nekoosa Packaging Corp. v. AMCA International Ltd.	D-47
Nelson v. Canada (Minister of Agriculture).....	D-15
Noël v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-25
Northern Cruiser Co. v. Canada.....	D-1
Nutman Co. v. Magic Afterburners Inc.	D-50

O

Odiatu v. Canada (Royal Canadian Mounted Police)	D-31
Okwe v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-40
Ostonal v. Canada (Employment and Immigration).....	D-13
Owusu v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-41

P

Pacific Building Maintenance Ltd. v. Canada.....	D-47
Pakistan National Shipping Corp. v. Canada.....	D-7
Parihar v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-3
Peter Cundill & Associates Ltd. v. Canada.....	D-20
Plaza Pontiac Buick Ltd. v. M.N.R.....	D-20
Pollard v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-3
Polo Ralph Lauren Corp. v. Cameo Optical Ltd.....	D-37
Pour v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-32
Prasad v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-32
Prasad v. Canada (National Parole Board)	D-33
Prieur v. Canada.....	D-40
Procter & Gamble Co. v. Kimberley-Clark of Canada Ltd.....	D-46
Profekta International Inc. v. Nguyen.....	D-2
Public Service Alliance of Canada v. Canada (Treasury Board).....	D-49

Q

QIT-Fer et Titane Inc. v. Canada.....	D-43
Quantum Management Services Ltd. v. Canada (Attorney General).....	D-21

R

R.W. Blacktop Ltd. v. Artec Equipment Co.....	D-30
Reg Rad Tech Ltd. v. Canada	D-20
Rolls-Royce (Canada) Ltd. v. Canada.....	D-5
Rostamian v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-11
Rudowski v. Canada	D-35

S

Said v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-19
Salem v. Canada.....	D-35
Sam Vézina Inc. v. Laurentian Pilotage Authority	D-44
Sarnia Cranes Ltd. v. Canada.....	D-29
Satellite Earth Station Technology, Inc. v. Canada.....	D-10
Sathanandan v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-19
Schofield Oil Ltd v. Canada.....	D-43
Shandi (Re).....	D-40
Shaw (Re).....	D-1
Shibamoto & Co. v. Nicolle N (The)	D-8
Shibamoto & Co. v. Nicolle N (The)	D-35
Shibamoto & Co. v. Western Fish Producers Inc. (Trustee of).....	D-8
Shiloff v. Canada.....	D-48
Signum Communications Inc. v. Canada.....	D-20
Singh v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-21
697234 Ontario Inc. v. Spruce Goose Brewing Co. (The).....	D-38
Splane v. Canada.....	D-33
Steward v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-18
Stursberg v. M.N.R.	D-5
Sunday v. Akwesasne Election Board	D-30
Sutherland v. M.N.R.	D-34

T

TRW Inc. v. Walbar of Canada Inc.	D-23
Taiyo Gyogyo K.K. v. Tuo Hai (The)	D-21
Taiyo Gyogyo K.K. v. Tuo Hai (The)	D-22
Tavaga v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-3
Thorsen v. Silk FM Broadcasting Ltd.	D-7
Three Buoys Houseboat Builders Ltd. v. M.N.R.	D-11
Toronto-Dominion Bank v. Canada Trustco Mortgage Co.....	D-10
Tribro Investments Ltd. v. Embassy Suites, Inc.....	D-49

V

Vaca v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-3
Vancouver Art Metal Works Ltd. v. Canada	D-32
Veilleux v. Canada (Attorney General).....	D-15

W

Waterfurnace Inc. v. 803943 Ontario Ltd.	D-10
Wellcome Foundation Ltd. v. Apotex Inc.	D-22
Western Canada Wilderness Committee v. Canada (Minister of Environment).....	D-11
White v. M.N.R.	D-20
White Consolidated Industries, Inc. v. Beam of Canada Inc.	D-12
Wilson v. M.N.R.	D-20
Witherspoon v. M.N.R.	D-20
Wolf (Re).....	D-6
Woodard v. Canada (National Parole Board)	D-27

X

Xie v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-18
---	------

Y

Yue (Re).....	D-28
---------------	------

TABLE
DES FICHES ANALYTIQUES PUBLIÉES
DANS CE VOLUME

	PAGE
A	
Agricultural Credit Corp. of Saskatchewan c. Bureau d'examen de l'endettement agricole pour le sud de la Saskatchewan	F-17
Aguilar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-7
A'Hearn c. Altrans Express Ltd.	F-29
Air Atonabee Ltd. c. Commissaires du havre de Toronto	F-61
Al Haddad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-60
Alfred Grass Gesellschaft m.b.h. c. Grant Industries Inc.	F-58
Alliance de la Fonction publique du Canada c. Canada (Conseil du Trésor).....	F-53
Aranguiz c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-26
Assoc. Olympique canadienne c. Olympus Optical Co.	F-11
Automobiles Giguère Inc. c. Canada	F-50
B	
Bagrowicz (Re).....	F-33
Bailey c. Canada	F-14
Bakkeskaug c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-38
Bande Eastmain c. Canada (Administrateur fédéral)	F-23
Bande Enoch c. Canada	F-12
Bande indienne de Bearspaw c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien).....	F-28
Banque Nationale du Canada c. Canada (Surintendant des institutions financières) ...	F-40
Banque Toronto-Dominion c. Hypothèques Trustco Canada.....	F-13
Barrigar & Oyen c. Canada (Registraire des marques de commerce)	F-15
Beloit Canada Ltée c. Valmet-Dominion Inc.....	F-43
Bérubé c. Makita Outils Électriques Canada Ltée.....	F-29
Bhadrachalam Paperboards Ltd. c. Philippine Victory (Le)	F-59
Bio-Generation Laboratories Inc. c. Pantron I, Corp.	F-44
Bishay c. M.R.N.....	F-15
Blake c. M.R.N.	F-10
Blouin c. Canada.....	F-36
Bodrug, succession c. Canada	F-57
Boileau c. Charlebois	F-52
Brault-Clément Inc. c. Canada.....	F-34
Bristol-Myers Canada Inc. c. M.R.N.	F-3

C

California Fashion Industries, Inc. c. Reitmans (Canada) Ltd.....	F-42
Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.	F-30
Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.	F-45
Canada c. Cassidy	F-31
Canada c. Jala Godavari	F-42
Canada Eighty-Eight Fund Ltd. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-38
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Basra.....	F-38
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Gill.....	F-54
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Jhooti	F-38
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Leal.....	F-8
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Shaw	F-24
Canada (Ministre d'État au Multiculturalisme et à la citoyenneté) c. Julien	F-49
Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada.....	F-15
Canada (Procureur général) c. Alliance des artistes canadiens du cinéma, de la télévi- sion et de la radio (ACTRA).....	F-16
Canada (Procureur général) c. Dawley	F-47
Canada (Procureur général) c. Dupuis.....	F-53
Canada (Procureur général) c. Frenette.....	F-47
Canada (Procureur général) c. Gaudet	F-47
Canada (Procureur général) c. Malvaud.....	F-18
Canada (Procureur général) c. Sylvain.....	F-31
Canada (Procureur général) c. Terre-Neuve.....	F-6
Canada (Secrétaire d'État) c. Luitjens.....	F-19
Canadian Assn. of Regulated Importers c. Canada (Procureur général).....	F-13
Cardinal c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles).....	F-58
Casden c. Cooper Enterprises Ltd.	F-15
Cegeco Construction Ltée c. Canada (Travaux publics).....	F-62
Chénier (Re)	F-43
Chénier (Re)	F-1
Chez FM, Inc. c. Télémédia Communications Inc.....	F-15
Chrysler Canada Ltée c. Canada (Tribunal de la concurrence).....	F-2
Cominco Ltd. c. Canada (Office des eaux des Territoires du Nord-Ouest).....	F-44
Compleat Communications Ltd. c. Luna Banquet Hall Ltd.	F-22
Comte c. Canada	F-3
Conception c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-55
Condo c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-55
Conseil de la tribu Carrier-Sekani c. Canada (Ministre de l'Environnement).....	F-43
Creighton c. Creighton Holdings Ltd.....	F-43

D

David c. Kluger.....	F-15
De Luca c. M.R.N.....	F-26
Deer c. Conseil Mohawk de Kahnawake.....	F-61
Dégarie c. Canada (Directeur du pénitencier, Ste-Anne des Plaines).....	F-29
Derrickson c. Canada	F-44
Devil's Gap Cottages (1982) Ltd. c. Canada.....	F-42
Devloo c. Canada	F-3
Dhanjal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-7
Diversified Products Corp. c. Consumers Distributing Co.	F-19
Diversified Products Corp. c. Consumers Distribution Co.	F-48

Dragseth c. Canada (Conseil du Trésor).....	F-37
Duval c. Canada	F-61

E

Edwardes c. Canada	F-39
Einish-Vollant c. Conseil des Indiens Montagnais de Schefferville	F-28
El-Nahoum (Re)	F-32
Elangange (Re).....	F-20
Engine and Leasing Co. c. Atlantic Towing Ltd.....	F-52
Exco Energy Ltd. (Syndic) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources).....	F-60

F

Feliciano c. Yuko Maru no 10 (Le)	F-5
Fiducie, Prêt et Revenu c. Canada (Société d'hypothèques et de logement).....	F-23
Forghanian-Arani (Re).....	F-33
Fourt c. M.R.N.	F-39
Francoeur c. Canada.....	F-13
Friedberg c. Canada	F-57
Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports).....	F-14
Fry c. Canada (Tribunal de l'aviation civile)	F-36

G

Gauthier c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches).....	F-20
Gayed (Re).....	F-33
Gilbert c. Frank H. Brown (Le)	F-44
Gill c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-484-91).....	F-7
Gill c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-2103-91).....	F-7
Giroux c. M.R.N.	F-17
Grantham Foods Ltd. c. Canada.....	F-35
Guccio Gucci S.P.A. c. Meubles Renel Inc.....	F-41

H

Hancor, Inc. c. Systèmes de drainage Modernes Inc.	F-2
Harvey Woods Inc. c. Woods Canada Ltd.	F-10
Hillsdown Holdings (Canada) Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches).....	F-20
Honig c. M.R.N.	F-40

I

Incendex Inc. c. Canada.....	F-29
International Forest Products Ltd. c. Canada.....	F-3

J

Jackson c. Canada (Procureur général)	F-17
Jager Industries Inc. c. Canada.....	F-51
Jocelyn c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-56
Jonas Browne & Hubbard (G'DA) Ltd. c. Caricom Venture (Le).....	F-45

K

Karlsson c. M.R.N.....	F-61
Kealey c. Canada.....	F-13
Khalil c. Canada.....	F-57
Khat (Re).....	F-20
Khouri (Re).....	F-32
Kibale c. Canada.....	F-29
Kitchen Craft Connection Ltd. c. Canada (Registraire des marques de commerce)....	F-10
Klockner Namasco Corp. c. Federal Hudson (Le).....	F-5
Klockner Namasco Corp. c. Federal Hudson (Le).....	F-61
Kocab c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-56
Koskay (Re).....	F-2
Kuczerpa c. Canada.....	F-35
Kumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-24

L

LME Petroscope Ltd. c. MacGregor.....	F-48
Laplante c. Canada (Conseil du Trésor)	F-36
Lee (Re).....	F-32
Li (Re).....	F-49
Ligue de taxis de Montréal, Inc. (A-11) c. Gauthier.....	F-27
Loi sur l'immigration (Re).....	F-55
Longia c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-21
Lundberg c. Manitou III (Le).....	F-51
Lutheran Life Insurance Society of Canada c. Canada.....	F-8

M

M.R.N. c. Chrysler Canada Ltée.....	F-8
MacDan Inc. c. International Clothiers Inc.....	F-28
Mahathmasseelan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-55
Malette c. Canada (Commissaire du Service correctionnel).....	F-12
Mannan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-37
Mansour c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-56
Marc c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-55
Mark c. Canada (Ministre des Pêches et Océans).....	F-33
Mark Fishing Co. c. Vancouver Fireboat No. 2 (Le).....	F-52
Martinray Industries Ltd. c. Les Fabricants National Dagendor Manufacturing Ltd.	F-31
Mathieu c. Canada (Sous-ministre de la Défense nationale).....	F-36
Mercier c. Canada (Commission des droits de la personne).....	F-50
Miucci c. Canada.....	F-61
Molson Breweries c. Pernod Ricard.....	F-41

Molson Breweries Canada, Société en nom collectif c. Canada (Registraire des marques de commerce).....	F-29
Monarch Concrete Products Ltd. c. Canada	F-35
Montréal (Ville) c. Canada (Office national des transports).....	F-49
Montres Rolex S.A. c. Lifestyles Imports Inc.	F-28
Morris c. Canada (Ministère des Pêches et Océans).....	F-4
Morrisset c. Canada (Commission des droits de la personne).....	F-22
Muller c. Canada	F-21
Murray c. Canada (Ministre de l'Agriculture).....	F-49

N

Nadan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-55
Naiker c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-56
Nation dénée c. Canada	F-27
Nekoosa Packaging Corp. c. AMCA International Ltd.	F-59
Nekoosa Packaging Corp. c. AMCA International Ltd.	F-59
Nelson c. Canada (Ministre de l'Agriculture).....	F-17
Noël c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-23
Northern Cruiser Co. c. Canada	F-1
Nutman Co. c. Magic Afterburners Inc.	F-58

O

Odiatu c. Canada (Gendarmerie royale du Canada).....	F-36
Okwe c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-54
Ostanol c. Canada (Emploi et Immigration).....	F-1
Owusu c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-54

P

Pacific Building Maintenance Ltd. c. Canada	F-59
Pakistan National Shipping Corp. c. Canada.....	F-4
Parihar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-6
Peter Cundill & Associates Ltd. c. Canada	F-27
Plaza Pontiac Buick Ltd. c. M.R.N.....	F-26
Pollard c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-6
Polo Ralph Lauren Corp. c. Cameo Optical Ltd.....	F-41
Pour c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-39
Prasad c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles).....	F-40
Prasad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-39
Prieur c. Canada	F-51
Procter & Gamble Co. c. Kimberly-Clark of Canada Ltd.	F-47
Profekta International Inc. c. Nguyen	F-4

Q

QIT-Fer et Titane Inc. c. Canada	F-56
Quantum Management Services Ltd. c. Canada (Procureur général).....	F-21

R

R.W. Blacktop Ltd. c. Artec Equipment Co.....	F-33
Reg Rad Tech Ltd. c. Canada.....	F-26
Rolls-Royce (Canada) Ltd. c. Canada.....	F-9
Rostmanian c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-15
Rudowski c. Canada.....	F-45

S

Said c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-25
Salem c. Canada.....	F-45
Sam Vézina Inc. c. Administration de pilotage des Laurentides.....	F-51
Sarnia Cranes Ltd. c. Canada.....	F-34
Satellite Earth Station Technology, Inc. c. Canada.....	F-14
Sathanandan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-25
Schofield Oil Ltd. c. Canada.....	F-57
Shandi (Re).....	F-54
Shaw (Re).....	F-2
Shibamoto & Co. c. Nicole N (Le).....	F-6
Shibamoto & Co. c. Nicole N (Le).....	F-43
Shibamoto & Co. c. Western Fish Producers Inc. (Syndic).....	F-5
Shiloff c. Canada.....	F-60
Signum Communications Inc. c. Canada.....	F-26
Singh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-21
697234 Ontario Inc. c. Spruce Goose Brewing Co.....	F-41
Société canadienne des postes c. Canada (Registraire des marques de commerce).....	F-50
Société canadienne des postes c. Syndicat des postiers du Canada.....	F-50
Société Radio-Canada c. O'Connell.....	F-2
Splane c. Canada.....	F-40
Steward c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-24
Stursberg c. M.R.N.	F-10
Sunday c. Comité d'élection d'Akwesasne.....	F-33
Sutherland c. M.R.N.	F-43

T

TRW Inc. c. Walbar of Canada Inc.....	F-19
Taiyo Gyogyo K.K. c. Tuo Hai (Le).....	F-22
Taiyo Gyogyo K.K. c. Tuo Hai (Le).....	F-22
Tavaga c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-6
Thorsen c. Silk FM Broadcasting Ltd.....	F-16
Three Buoys Houseboat Builders Ltd. c. M.R.N.	F-15
Tribro Investments Ltd. c. Embassy Suites, Inc.....	F-59

U

Union des facteurs du Canada c. Syndicat des postiers du Canada.....	F-16
--	------

V

Vaca c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-7
Vancouver Art Metal Works Ltd. c. Canada.....	F-39
Veilleux c. Canada (Procureur général).....	F-23

W

Waterfurnace Inc. c. 803943 Ontario Ltd.	F-14
Wellcome Foundation Ltd. c. Apotex Inc.	F-18
Western Canada Wilderness Committee c. Canada (Ministre de l'Environnement)	F-14
White c. M.R.N.	F-27
White Consolidated Industries, Inc. c. Beam of Canada Inc.	F-11
Wilson c. M.R.N.	F-26
Witherspoon c. M.R.N.	F-26
Wolf (Re)	F-10
Woodard c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)	F-31

X

Xie c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-24
--	------

Y

Yue (Re).....	F-32
---------------	------

CASES JUDICIALLY CONSIDERED
TABLE DE LA JURISPRUDENCE CITÉE

	PAGE
<i>A.N. Bail Co. v. Gingras et al.</i> , [1982] 2 S.C.R. 475; (1982), 54 N.R. 280.....	512
<i>Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. v. Cummer-Yonge Investments Ltd.</i> , [1976] 2 S.C.R. 221; (1975), 55 D.L.R. (3d) 676; [1975] I.L.R. 1-675; 4 N.R. 547	25
<i>Agromet Motoimport v. Maulden Engineering Co. (Beds.) Ltd.</i> , [1985] 1 W.L.R. 762 (Q.B.D.)	550
<i>Ahmad v. Public Service Commission</i> , [1974] 2 F.C. 644; (1974), 51 D.L.R. (3d) 470; 6 N.R. 287 (C.A.).....	372
<i>Alampi v. Swartz</i> , [1964] 1 O.R. 488; (1964), 43 D.L.R. (2d) 11 (C.A.).....	487
<i>Algonquin Mercantile Corporation v. Dart Industries Canada Limited</i> , [1985] 1 F.C. 908; (1984), 79 C.P.R. (2d) 260 (T.D.).....	237
<i>Alterskye v. Scott</i> , [1948] 1 All E.R. 469 (Ch.D.).....	571
<i>Amway Corp. v. The Queen</i> , [1986] 2 C.T.C. 339 (F.C.A.).....	403
<i>Anderson v. Anderson et al.</i> (1979), 26 O.R. (2d) 769; 105 D.L.R. (3d) 341; 14 C.P.C. 87; 12 R.F.L. (2d) 353 (H.C.).....	571
<i>Andrews v. Law Society of British Columbia</i> , [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255	771
<i>Andrews v. Ontario (Minister of Health)</i> (1988), 64 O.R. (2d) 258; 49 D.L.R. (4th) 584; 9 C.H.R.R. D/5089; 88 CLLC 17,023 (H.C.).....	687
<i>Andrews v. Law Society of British Columbia</i> , [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255	687
<i>Anns v. London Borough of Merton</i> , [1977] 2 All ER 492 (H.L.)	408
<i>Anns v. Merton London Borough Council</i> , [1978] A.C. 728 (H.L.)	25
<i>Antoniou (C.) v. M.N.R.</i> , [1988] 2 C.T.C. 2055; (1988), 88 DTC 1415 (T.C.C.).....	311
<i>Applebaum v. Minister of National Revenue</i> (1971), 71 DTC 371 (T.A.B.).....	276
<i>Ares v. Venner</i> , [1970] S.C.R. 608; (1970), 14 D.L.R. (3d) 4; 73 W.W.R. 347; 12 C.R.N.S. 349.....	109
<i>Armadale Communications Ltd. v. Adjudicator (Immigration Act)</i> , [1991] 3 F.C. 242 (C.A.).....	133
<i>Armadale Communications Ltd. v. Adjudicator (Immigration Act)</i> , [1991] 3 F.C. 242; (1991), 127 N.R. 342 (C.A.)	581
<i>Armstrong Cork Canada Ltd. et al. v. Domco Industries Ltd. et al.</i> (1983), 71 C.P.R. (2d) 5; 48 N.R. 157 (F.C.A.).....	316
<i>Ashbjorn Horgard A/S v. Gibbs/Nortac Industries Ltd.</i> , [1987] 3 F.C. 544; (1987), 38 D.L.R. (4th) 544; 17 C.I.P.R. 263; 14 C.P.R. (3d) 314; 12 F.T.R. 317; 80 N.R. 9 (C.A.).....	3

<i>Asbjorn Horgard A/S v. Gibbs/Nortac Industries Ltd.</i> , [1987] 3 F.C. 544; (1987), 38 D.L.R. (4th) 544; 17 C.I.P.R. 263; 14 C.P.R. (3d) 314; 12 F.T.R. 317; 80 N.R. 9 (C.A.)	797
<i>Atlantic Consolidated Foods Ltd. v. The Doroty</i> , [1979] 1 F.C. 283 (T.D.); affd [1981] 1 F.C. 783; (1980), 35 N.R. 160 (C.A.).....	245
<i>Atlantic Lines & Navigation Co. Inc. v. Didymi (The)</i> , [1988] 1 F.C. 3; (1987), 39 D.L.R. (4th) 399; 78 N.R. 99 (C.A.)	550
<i>Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario</i> , [1937] A.C. 326 (P.C.)	550
<i>Attorney General of Canada v. Allard</i> , [1982] 2 F.C. 706; (1982), 49 N.R. 301 (C.A.)	663
<i>B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.</i> , [1986] 1 S.C.R. 228; (1986), 26 D.L.R. (4th) 1; [1986] 3 W.W.R. 216; 1 B.C.L.R. (2d) 324; 36 C.C.L.T. 87; 65 N.R. 261	25
<i>Bains v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> (1990), 47 Admin. L.R. 317; 8 Imm. L.R. (2d) 165; 109 N.R. 239 (F.C.A.)	133
<i>Bains v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1989] 3 F.C. 487; (1989), 61 D.L.R. (4th) 573; 47 C.R.R. 361; 8 Imm. L.R. (2d) 165 (C.A.).....	581
<i>Baltimore Orioles, Inc. v. Major League Baseball</i> , 805 F.2d 663 (7th Circ. 1986)	487
<i>Baron v. Canada</i> , [1991] 1 F.C. 688; (1991), DTC 5055 (C.A.).....	713
<i>Barratt v. Corporation of North Vancouver</i> , [1980] 2 S.C.R. 418; (1980), 114 D.L.R. (3d) 577; 27 B.C.L.R. 182; 14 C.C.L.T. 169; 13 M.P.L.R. 116; 8 M.V.R. 294; 33 N.R. 293.....	408
<i>Beloit Canada Ltée/Ltd. et al. v. Valmet Oy</i> (1981), 60 C.P.R. (2d) 145 (F.C.T.D.).....	316
<i>Bendahmane v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1989] 3 F.C. 16; (1989), 61 D.L.R. (4th) 313; 26 F.T.R. 122 (note); 8 Imm. L.R. (2d) 20; 95 N.R. 385 (C.A.).....	372
<i>Bender v. The King</i> , [1949] 2 D.L.R. 318 (Ex. Ct.)	440
<i>Benner v. Minister of Employment and Immigration</i> (1988), 93 N.R. 250 (F.C.A.)	771
<i>Berendt v. The Queen</i> , Eberle J., S.C.O., not reported	713
<i>Berger v. Willowdale A.M.C. et al.</i> (1983), 41 O.R. (2d) 89; 145 D.L.R. (3d) 247; 23 B.L.R. 19 (C.A.).....	276
<i>Biro (George) Real Estate Ltd. v. Sheldon</i> , [1965] 1 O.R. 49; (1965), 46 D.L.R. (2d) 610 (H.C.)	512
<i>Blake v. Hudson's Bay Co.</i> , [1988] 1 W.W.R. 176; (1987), 22 C.P.C. (2d) 95 (Man. Q.B.).....	571
<i>Bloemen (F.J.) Pty. Ltd. v. City of Gold Coast Council</i> , [1973] A.C. 115 (P.C.)	550
<i>Board v. Board</i> , [1919] A.C. 956 (P.C.).....	512
<i>Boger (A.) Estate v. M.N.R.</i> , [1989] 1 C.T.C. 2110; (1988), 89 DTC 15 (T.C.C.)	152
<i>Bonython, John Lavington v. Commonwealth of Australia</i> , [1951] A.C. 201 (P.C.)	245
<i>Borowski v. Canada (Attorney General)</i> , [1989] 1 S.C.R. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75 Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110.....	372
<i>Borowski v. Canada (Attorney General)</i> , [1989] 1 S.C.R. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75 Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110.....	522

<i>Borowski v. Canada (Attorney General)</i> , [1989] 1 S.C.R. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75 Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110.....	687
<i>Bosada v. R.</i> , [1979] 2 F.C. 335 (T.D.).....	195
<i>Boulis v. Minister of Manpower and Immigration</i> , [1974] S.C.R. 875; (1972), 26 D.L.R. (3d) 216	639
<i>Bowen v Paramount Builders (Hamilton) Ltd</i> , [1977] 1 NZLR 394 (C.A.).....	25
<i>Bowen J.F. v. M.N.R.</i> (1990), 90 DTC 1625 (T.C.C.).....	311
<i>Bradasch v. Warren et al.</i> (1989), 27 F.T.R. 70 (F.C.T.D.); affd [1990] 3 F.C. 32; (1990), 111 N.R. 149 (C.A.)	195
<i>Brennan v. The Queen</i> , [1984] 2 F.C. 799; (1985), 85 CLLC 17,006; 57 N.R. 116 (C.A.)	133
<i>Brewer Bros. v. Canada (Attorney General)</i> (1990), 66 D.L.R. (4th) 71; 31 F.T.R. 190 (F.C.T.D.)	25
<i>British Columbia v. Mihaljevic</i> (1989), 26 C.P.R. (3d) 184 (B.C.S.C.).....	3
<i>British Columbia Telephone Co. v. Canada</i> , A-390-91, Walsh D.J., judgment dated 17/1/92, F.C.A., not yet reported	753
<i>Calder et al. v. Attorney-General for British Columbia</i> , [1973] S.C.R. 313.....	440
<i>Can-Air Services Ltd. v. British Aviation Insurance Co. Ltd.</i> (1988), 91 A.R. 258; [1989] 1 W.W.R. 750; 63 Alta. L.R. (2d) 61; 30 C.P.C. (2d) 1 (C.A.).....	316
<i>Can. Wildlife Fed. Inc. v. Can. (Min. of the Environment)</i> , [1990] 2 W.W.R. 69; (1989), 38 Admin. L.R. 138; 4 C.E.L.R. (N.S.) 1; 27 F.T.R. 159; 99 N.R. 72 (F.C.A.)...	440
<i>Canada v. Satellite Earth Station Technology Inc.</i> , [1989] 2 C.T.C. 291; (1989), 89 DTC 5506; 30 F.T.R. 94 (F.C.T.D.).....	713
<i>Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.</i> (1991), 36 C.P.R. (3d) 22 (Comp. Trib.).....	571
<i>Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)</i> , [1990] 3 F.C. 22; (1990), 67 D.L.R. (4th) 585; 33 F.T.R. 234 (T.D.).....	77
<i>Canada (Information Commissioner) v. Canada (Secretary of State for External Affairs)</i> , [1990] 1 F.C. 395; (1989), 64 D.L.R. (4th) 413; 28 C.P.R. (3d) 301; 32 F.T.R. 161 (T.D.)	77
<i>Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Borowski</i> , [1990] 2 F.C. 728; (1990), 32 F.T.R. 205; 10 Imm. L.R. (2d) 115 (T.D.)	332
<i>Canadian Admiral Corpn. Ltd. v. Rediffusion Inc.</i> , [1954] Ex.C.R. 382; (1954), 20 C.P.R. 75; 14 Fox Pat. C. 114	487
<i>Canadian Broadcasting Corporation et al. v. Quebec Police Commission</i> , [1979] 2 S.C.R. 618; (1979), 101 D.L.R. (3d) 24; 48 C.C.C. (2d) 289; 14 C.P.C. 60; 28 N.R. 541	550
<i>Canadian Cable Television Assn. v. American College Sports Collective of Canada, Inc.</i> , [1991] 3 F.C. 626; (1991), 81 D.L.R. (4th) 376; 36 C.P.R. (3d) 455 (C.A.)	663
<i>Canadian Council of Churches v. Canada</i> , [1990] 2 F.C. 534; (1990), 106 N.R. 61 (C.A.)	592
<i>Canadian Marconi Co. v. Canada</i> , [1990] 1 F.C. 141; [1989] 2 C.T.C. 128; (1989), 89 DTC 5370 (T.D.).....	655
<i>Canadian Marconi v. R.</i> , [1986] 2 S.C.R. 522; (1986), 33 D.L.R. (4th) 481; [1986] 2 C.T.C. 465; 86 DTC 6526; 70 N.R. 174	655

<i>Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.</i> , [1990] 3 F.C. 114; (1990), 65 D.L.R. (4th) 321; 3 C.C.L.T. 229; 104 N.R. 321 (C.A.).....	25
<i>Canadian Olympic Assn. v. Allied Corp.</i> , [1990] 1 F.C. 769; (1989), 26 C.I.P.R. 157; 28 C.P.R. (3d) 161; 105 N.R. 388 (C.A.).....	797
<i>Canadian Olympic Assn. v. Konica Canada Inc.</i> , [1990] 2 F.C. 703; (1990), 69 D.L.R. (4th) 432; 30 C.P.R. (3d) 60; 35 F.T.R. 59 (T.D.).....	797
<i>Canadian Pacific Transport Co. Ltd. et al. and Loomis Courier Services Ltd.</i> (1976), 72 D.L.R. (3d) 434 (B.C.S.C.).....	663
<i>Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)</i> , [1989] 3 F.C. 309; [1989] 4 W.W.R. 526; (1989), 37 Admin. L.R. 39; 3 C.E.L.R. (N.S.) 287; 26 F.T.R. 245 (T.D.).....	613
<i>Candlewood Navigation Corp. Ltd. v. Mitsui O.S.K. Lines Ltd.</i> , [1986] A.C. 1; [1985] 2 All ER 935 (P.C.).....	25
<i>Canoe Ontario v. Reed</i> (1989), 69 O.R. (2d) 494; 6 R.P.R. (2d) 226 (H.C.).....	440
<i>Cantwell v. Canada (Minister of the Environment)</i> (1991), 6 C.E.L.R. (N.S.) 16 (F.C.T.D.).....	109
<i>Caparo Industries Plc. v. Dickman</i> , [1990] 2 A.C. 605 (H.L.).....	25
<i>Cardinal v. R.</i> , [1980] 1 F.C. 149; (1979), 97 D.L.R. (3d) 402; [1979] 1 C.N.L.R. 32 (T.D.).....	663
<i>Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)</i> , [1990] 2 S.C.R. 489; (1990), 33 C.C.E.L. I.....	472
<i>Central Intelligence Agency v. Sims</i> , 471 U.S. 159 (1985); 85 L Ed 2d 173; 105 S Ct. 1881.....	77
<i>Central Trust Co. v. Rafuse</i> , [1986] 2 S.C.R. 147; (1986), 75 N.S.R. (2d) 109; 31 D.L.R. (4th) 481; 186 A.P.R. 109; 34 B.L.R. 187; 37 C.C.L.T. 117; 42 R.P.C. 161.....	25
<i>Champion Packaging Corp. v. Triumph Packaging Corp.</i> , [1977] 1 F.C. 191; (1976), 29 C.P.R. (2d) 284; 14 N.R. 43 (C.A.).....	316
<i>Chandra v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , A-753-86, Thurlow C.J., judgment dated 22/5/87, F.C.A., not reported.....	581
<i>Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1990] 2 F.C. 299; (1990), 67 D.L.R. (4th) 697; 42 Admin. L.R. 189; 10 Imm. L.R. (2d) 137; 107 N.R. 107 (C.A.).....	581
<i>Choi v. Canada (Minister of Employment & Immigration)</i> (1990), 11 Imm. L.R. (2d) 303 (F.C.T.D.).....	763
<i>Clairol International Corp. et al. v. Thomas Supply & Equipment Co. Ltd. et al.</i> , [1968] 2 Ex.C.R. 552; (1968), 38 Fox Pat. C. 176.....	797
<i>Commissioners of Inland Revenue v. Gardner, Mountain & D'Ambrumenil, Ltd.</i> (1947), 29 T.C. 69 (H.L.).....	732
<i>Consolidated Textiles Ltd. v. Minister of National Revenue</i> , [1947] Ex.C.R. 77; [1947] 2 D.L.R. 172; [1947] C.T.C. 63.....	732
<i>Consumers Distributing Company Ltd. v. Seiko Time Canada Ltd. et al.</i> , [1984] 1 S.C.R. 583; (1984), 10 D.L.R. (4th) 161; 29 C.C.L.T. 296; 3 C.I.P.R. 223; 1 C.P.R. (3d) 1; 54 N.R. 161.....	3
<i>Craig v. Matheson</i> (1899), 32 N.S.R. 452 (C.A.).....	512

	PAGE
<i>Cresswell v. The Etobicoke-Mimico Conservation Authority</i> , [1951] O.R. 197; [1951] 2 D.L.R. 364 (C.A.)	663
<i>Crown Trust Co. v. Ontario</i> (1988), 64 O.R. (2d) 774 (H.C.)	195
<i>Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)</i> , [1991] 2 S.C.R. 5; (1991), 91 CLLC 14,024	332
<i>Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario Labour Relations Board</i> , [1991] 2 S.C.R. 5; (1991), 81 D.L.R. (4th) 121; 91 CLLC 14,024; 122 N.R. 361; [1991] OLRB Rep. 790	581
<i>Curran v. Northern Ireland Co-ownership Housing Association Ltd.</i> , [1987] A.C. 718 (H.L.)	25
<i>Cyprus Anvil Mining Corp. v. Canada</i> , [1990] 1 C.T.C. 153; (1989), 90 DTC 6063; 104 N.R. 299 (F.C.A.)	732
<i>D. & F. Estates Ltd. v. Church Comrs. for England</i> , [1989] 1 A.C. 177 (H.L.)	25
<i>D.M.N.R. v. Atchison, V. and W.</i> (1988), 89 DTC 5088 (B.C.S.C.)	713
<i>Dalehite v. United States</i> , 346 U.S. 15 (Ct. App. 1952)	408
<i>Danielson v. Canada (Deputy Attorney General)</i> , [1987] 1 F.C. 335; [1986] 2 C.T.C. 380; (1986), 86 DTC 6518; 7 F.T.R. 42 (T.D.)	713
<i>Danson v. Ontario (Attorney General)</i> , [1990] 2 S.C.R. 1086; (1990), 73 D.L.R. (4th) 686; 43 C.P.C. (2d) 165; 112 N.R. 362	592
<i>Davidson et al. v. Davidson</i> (1986), 33 D.L.R. (4th) 161; [1987] 2 W.W.R. 642; 10 B.C.L.R. (2d) 88; 26 C.C.L.I. 134 (B.C.C.A.)	771
<i>Davie Shipbuilding Limited v. The Queen</i> , [1984] 1 F.C. 461; 4 D.L.R. (4th) 546; 53 N.R. 50 (C.A.)	25
<i>Davis v. Radcliffe</i> , [1990] 2 All ER 536 (P.C.)	25
<i>Davis (WW) v The Queen</i> , [1984] CTC 564; (1984), 84 DTC 6518 (F.C.T.D.)	655
<i>Deere (John) v. Minister of National Revenue (Customs and Excise)</i> (1990), 107 N.R. 137; [1989] 1 T.S.T. 2241 (F.C.A.)	663
<i>Derco Industries Ltd. v. A.R. Grimwood Ltd.</i> (1986), 20 C.L.R. 174 (B.C.S.C.)	512
<i>Desrochers v. The Queen</i> , [1976] 2 F.C. 679 (T.D.)	219
<i>Di Iorio et al. v. Warden of the Montreal Jail</i> , [1978] 1 S.C.R. 152; (1976), 35 C.R.N.S. 57; 8 N.R. 361	550
<i>Digital Equipment of Canada Ltd. and Deputy M.N.R. (Customs and Excise)</i> (1988), 13 C.E.R. 343 (F.C.A.)	663
<i>Doleman & Sons v. Ossett Corporation</i> , [1912] 3 K.B. 257 (C.A.)	550
<i>Donoghue v. Stevenson</i> , [1932] A.C. 562 (H.L.)	25
<i>Dontigny Estate v. The Queen</i> , [1974] 1 F.C. 418; [1974] CTC 532; (1974), 74 DTC 6437 (C.A.)	152
<i>Doré v. Canada</i> , [1987] 2 S.C.R. 503; (1987), 45 D.L.R. (4th) 135; 29 Admin. L.R. 81; 87 CLLC 14,056; 81 N.R. 77	219
<i>Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College</i> , [1990] 3 S.C.R. 570; (1990), 91 CLLC 17,002	581
<i>Doyle v. Restrictive Trade Practices Commission</i> , [1985] 1 F.C. 362; (1985), 21 D.L.R. (4th) 366; 7 C.P.R. (3d) 235; 60 N.R. 218 (C.A.)	663
<i>Eastmain Band v. Gilpin</i> , [1987] 3 C.N.L.R. 54 (Que. Prov. Ct.)	440

<i>Ellis-Don Ltd. v. Norton; Dickie Const. Ltd. v. Bank of N.S.</i> (1982), 5 C.L.R. 281 (Ont. H.C.).....	512
<i>Energy Probe v. Atomic Energy Control Board</i> , [1984] 2 F.C. 227; (1984), 8 D.L.R. (4th) 735; 5 Admin. L.R. 165; 13 C.E.L.R. 66; 43 C.P.C. 13 (T.D.); affd [1985] 1 F.C. 563; (1984), 15 D.L.R. (4th) 48; 11 Admin. L.R. 287; 13 C.E.L.R. 162; 56 N.R. 135 (C.A.).....	346
<i>Ethicon Inc. et al. v. Cyanamid of Canada Ltd.</i> (1977), 35 C.P.R. (2d) 126 (F.C.T.D.)	316
<i>Eurobulk Ltd. v. Wood Preservation Industries</i> , [1980] 2 F.C. 245; (1979), 106 D.L.R. (3d) 571 (T.D.).....	550
<i>Express Newspapers Plc. v. Liverpool Daily Post & Echo Plc.</i> , [1985] 1 W.L.R. 1089 (Ch.D.).....	487
<i>Fasken, David v. Minister of National Revenue</i> , [1948] Ex.C.R. 580; [1948] C.T.C. 265; (1948), 49 DTC 491.....	152
<i>Fasken, David v. Minister of National Revenue</i> , [1948] Ex.C.R. 580; [1948] CTC 265; (1948), 49 DTC 491.....	276
<i>Ferrow v. Minister of Employment and Immigration</i> , [1983] 1 F.C. 679; (1983), 144 D.L.R. (3d) 364; [1983] 3 W.W.R. 289; 46 N.R. 299 (C.A.).....	133
<i>Finestone v. The Queen</i> , [1953] 2 S.C.R. 107; (1953), 107 C.C.C. 93; 17 C.R. 211 ...	109
<i>Football League Ltd. v. Littlewood's Pools Ltd.</i> , [1959] Ch. 637	487
<i>453416 Ont. Inc. c.o.b. Cranes and Services v. White</i> (1984), 42 C.P.C. 209 (Ont. H.C.)	512
<i>Foxboro Canada Inc. and Deputy M.N.R. (Customs and Excise) et al.</i> (1987), 12 C.E.R. 118 (Tar. Bd.).....	663
<i>Francis Day & Hunter, Ltd. v. Twentieth Century Fox Corporation, Ltd.</i> , [1940] A.C. 112 (P.C.).....	797
<i>Fredrickson v. Insurance Corporation of British Columbia</i> (1986), 28 D.L.R. (4th) 414; [1986] 4 W.W.R. 504; 3 B.C.L.R. (2d) 145; 17 C.C.L.I. 194; [1986] I.L.R. 1-2100 (C.A.); affd [1988] 1 S.C.R. 1089; (1988), 49 D.L.R. (4th) 160; 86 N.R. 48	512
<i>Gathercole v. Smith</i> (1880-81), 17 Ch.D. 1 (C.A.).....	152
<i>General Datacomm Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise</i> (1984), 9 TBR 78	663
<i>Geo Vann, Inc. v. N.L. Industries, Inc.</i> (1984), 1 C.P.R. (3d) 277 (F.C.T.D.).....	316
<i>Gershman v. Manitoba Vegetable Producers' Marketing Board</i> (1976), 69 D.L.R. (3d) 114; [1976] 4 W.W.R. 406 (Man. C.A.).....	195
<i>Glacier Realities Ltd v The Queen</i> , [1980] CTC 308; (1980), 80 DTC 6243 (F.C.T.D.)	276
<i>Goguen v. Gibson</i> , [1983] 1 F.C. 872; affd [1983] 2 F.C. 463; (1984), 7 D.L.R. (4th) 144; 3 Admin. L.R. 225; 10 C.C.C. (3d) 492; 40 C.P.C. 295; 50 N.R. 286 (C.A.)	77
<i>Gray v. Fortier</i> , [1985] 2 F.C. 525; (1985), 21 D.L.R. (4th) 14; 61 N.R. 197 (C.A.)	581
<i>Green v Broadcasting Corp of New Zealand</i> , [1989] 2 All ER 1056 (P.C.).....	487
<i>Greenwood Estate v. The Queen</i> (1990), 90 DTC 6690; 39 F.T.R. 234 (F.C.T.D.).....	152
<i>Grillas v. Minister of Manpower and Immigration</i> , [1972] S.C.R. 577; (1971), 23 D.L.R. (3d) 1	663
<i>Guay (J.L.) Ltée v. Minister of National Revenue</i> , [1971] F.C. 237; [1971] C.T.C. 686; (1971), 71 DTC 5423 (T.D.); affd [1972] F.C. 1441 (C.A.).....	732

<i>Guerin et al. v. The Queen et al.</i> , [1984] 2 S.C.R. 335; (1984), 13 D.L.R. (4th) 321; [1984] 6 W.W.R. 481; 59 B.C.L.R. 301; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1.....	440
<i>H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Edan Foods Sales Inc.</i> (1991), 35 C.P.R. (3d) 213 (F.C.T.D.).....	182
<i>Haig v. Bamford et al.</i> , [1977] 1 S.C.R. 466; (1976), 72 D.L.R. (3d) 68; [1976] 3 W.W.R. 331; 27 C.P.R. (2d) 149; 9 N.R. 43.....	25
<i>Halferdahl v. Whitehorse Mining District (Mining Recorder) et al.</i> (1990), 31 F.T.R. 303 (F.C.T.D.).....	813
<i>Harman v. Secretary of State for the Home Department</i> , [1983] 1 A.C. 280; [1982] 1 All E.R. 532 (H.L.).....	571
<i>Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.</i> , [1964] A.C. 465 (H.L.).....	25
<i>Hillis v. R.</i> , [1982] CTC 293; (1982), 82 DTC 6249 (F.C.T.D.).....	152
<i>Hillis v. R.</i> , [1983] 6 W.W.R. 577; [1983] CTC 348; (1983), 83 DTC 5365; 15 E.T.R. 156; 49 N.R. 1 (F.C.A.).....	152
<i>Ho v. Minister of Employment & Immigration</i> (1989), 27 F.T.R. 241; 8 Imm. L.R. (2d) 38 (F.C.T.D.).....	613
<i>Hrycej (A) Estate v MNR</i> , [1984] CTC 2115; (1984), 84 DTC 1089; 17 E.T.R. 183 (T.C.C.).....	152
<i>Hunter et al. v. Southam Inc.</i> , [1984] 2 S.C.R. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241.....	713
<i>ITO--International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.</i> , [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241.....	195
<i>ITO--International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.</i> , [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241.....	550
<i>IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.</i> , [1990] 1 S.C.R. 282; (1990), 73 O.R. (2d) 676; 68 D.L.R. (4th) 524; 42 Admin. L.R. 1; 90 CLLC 14,007; 38 O.A.C. 321.....	663
<i>Imperial Chemical Industries PLC v. Apotex, Inc.</i> , [1990] 1 F.C. 221; (1989), 26 C.I.P.R. 1; 27 C.P.R. (3d) 345; 28 F.T.R. 240 (note); 101 N.R. 147 (C.A.).....	182
<i>Imperial Marine Industries Ltd. v. Fireman's Fund Insurance Co.</i> , [1977] 1 F.C. 747 (T.D.).....	316
<i>In re Anti-dumping Act and in re Danmor Shoe Co. Ltd.</i> , [1974] 1 F.C. 22; (1974), 1 N.R. 422 (C.A.).....	133
<i>In re Beck and Jackson</i> (1857), 1 C.B. (N.S.) 695; 140 E.R. 286 (P.C.).....	663
<i>In re Citizenship Act and in re Noailles</i> , [1985] 1 F.C. 852 (T.D.).....	771
<i>Ingersoll-Rand Door Hardware Canada Inc. and Deputy M.N.R. (Customs and Excise)</i> (1987), 15 C.E.R. 47; 80 N.R. 397 (F.C.A.).....	663
<i>Inter-City Freightlines Ltd. and Highway Traffic & Motor Transport Board of Manitoba v. Swan River-The Pas Transfer Ltd. et al.</i> , [1972] 2 W.W.R. 317 (Man. C.A.).....	663
<i>International Brotherhood of Teamsters v. Therien</i> , [1960] S.C.R. 265; (1960), 22 D.L.R. (2d) 1; 60 CLLC 15,273.....	372
<i>Jagenberg of Canada Ltd. and Deputy M.N.R. (Customs and Excise) and Repap Enterprises Corp. Inc., Intervenant</i> (1988), 17 C.E.R. 296 (Tar. Bd.).....	663
<i>Jercity Franchises Ltd. v. Foord</i> (1990), 34 C.P.R. (3d) 289; 39 F.T.R. 315 (F.C.T.D.).....	182

	PAGE
<i>Johnson (S.C.) and Son Ltd. v. Pic Corp. et al.</i> (1975), 19 C.P.R. (2d) 26 (F.C.T.D.)	316
<i>Joseph E. Seagram & Sons Ltd. v. Andres Wines Ltd.</i> (1987), 16 C.I.P.R. 131; 16 C.P.R. (3d) 481; (1987), 11 F.T.R. 139 (F.C.T.D.)	182
<i>Joseph E. Seagram & Sons Ltd. v. Andres Wines Ltd.</i> (1987), 16 C.I.P.R. 131; 16 C.P.R. (3d) 481; (1987), 11 F.T.R. 139 (F.C.T.D.)	3
<i>Junior Books Ltd. v. Veitchi Co. Ltd.</i> , [1983] A.C. 520 (H.L.)	25
<i>Just v. British Columbia</i> , [1989] 2 S.C.R. 1228; (1989), 64 D.L.R. (4th) 689; [1990] 1 W.W.R. 385; 103 N.R. 1	25
<i>Just v. British Columbia</i> , [1989] 2 S.C.R. 1228; (1989), 64 D.L.R. (4th) 689; [1990] 1 W.W.R. 385; 103 N.R. 1	408
<i>Kamloops (City of) v. Nielsen et al.</i> , [1984] 2 S.C.R. 2; (1984), 10 D.L.R. (4th) 641; [1984] 5 W.W.R. 1; 29 C.C.L.T. 97	25
<i>Kamloops (City of) v. Nielsen et al.</i> , [1984] 2 S.C.R. 2; (1984), 10 D.L.R. (4th) 641; [1984] 5 W.W.R. 1; 29 C.C.L.T. 97	408
<i>Kane v. Board of Governors (University of British Columbia)</i> , [1980] 1 S.C.R. 1105; (1980), 110 D.L.R. (3d) 311; [1980] 3 W.W.R. 125; 18 B.C.L.R. 124; 31 N.R. 214	663
<i>Kantel, Frederick W. v. Frank E. Grant et al.</i> , [1933] Ex.C.R. 84	487
<i>Karavos v. Toronto & Gillies</i> , [1948] 3 D.L.R. 294; [1948] O.W.N. 17 (Ont. C.A.)	440
<i>Kaur v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1990] 2 F.C. 209; (1989), 64 D.L.R. (4th) 317; 104 N.R. 50 (C.A.)	581
<i>Ken Steeves Sales Ltd. v. Minister of National Revenue</i> , [1955] Ex.C.R. 108; [1955] C.T.C. 47; (1955), 55 DTC 1044	753
<i>Kevork v. The Queen</i> , [1984] 2 F.C. 753; (1984), 17 C.C.C. (3d) 426 (T.D.)	77
<i>Kigowa v. Canada</i> , [1990] 1 F.C. 804; (1990), 67 D.L.R. (4th) 305; 10 Imm. L.R. (2d) 161; 105 N.R. 278 (C.A.)	195
<i>Kit-Win Holdings (1973) Ltd v The Queen</i> , [1981] CTC 43; 81 DTC 5030 (F.C.T.D.)	276
<i>Knight v. Indian Head School Division No. 19</i> , [1990] 1 S.C.R. 653; (1990), 69 D.L.R. (4th) 489; [1990] 3 W.W.R. 289; 83 Sask. R. 81; 43 Admin. L.R. 157; 30 C.C.E.L. 237; 90 CLLC 14,010; 106 N.R. 17	109
<i>Knight v. Indian Head School Division No. 19</i> , [1990] 1 S.C.R. 653; (1990), 69 D.L.R. (4th) 489; [1990] 3 W.W.R. 289; 83 Sask. R. 81; 43 Admin. L.R. 157; 30 C.C.E.L. 237; 90 CLLC 14,010; 106 N.R. 17	639
<i>Knodel v. Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia</i> , Court No. A893414, Rowles J., judgment dated 30/8/91, B.C.S.C., not yet reported	687
<i>Korz v. St. Pierre et al.</i> (1987), 61 O.R. (2d) 609; 43 D.L.R. (4th) 528; 23 O.A.C. 226 (C.A.)	3
<i>Kosmopoulos et al. v. Constitution Insurance Co. of Canada et al.</i> (1983), 42 O.R. (2d) 428; 149 D.L.R. (3d) 77; 22 B.L.R. 111; 1 C.C.L.I. 83; [1983] I.L.R. 1-660 (C.A.); affd [1987] 1 S.C.R. 2; (1987), 34 D.L.R. (4th) 208; 36 B.L.R. 233; 22 C.C.L.I. 297; [1987] I.L.R. 1-2147; 74 N.R. 360; 21 O.A.C. 4	276
<i>Kyuquot Logging Ltd. v. British Columbia Forest Products Ltd. et al.</i> (1986), 30 D.L.R. (4th) 65; [1986] 5 W.W.R. 481; 5 B.C.L.R. (2d) 1; 15 C.P.C. (2d) 52; 12 C.P.R. (3d) 347 (C.A.)	571
<i>Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.</i> , [1989] 2 S.C.R. 574; (1989), 69 O.R. (2d) 287; 61 D.L.R. (4th) 14; 26 C.P.R. (3d) 97	3

	PAGE
<i>Lac Minerals Ltd. v. New Cinch Uranium Ltd. et al.</i> (1985), 50 O.R. (2d) 260; 17 D.L.R. (4th) 745; 48 C.P.C. 199 (H.C.).....	571
<i>Ladbroke (Football), Ltd. v. William Hill (Football) Ltd.</i> , [1964] 1 All E.R. 465 (H.L.)	487
<i>Laframboise v. R.</i> , [1986] 3 F.C. 521; [1986] 2 C.T.C. 274; (1986), 86 DTC 6396; 5 F.T.R. 161 (T.D.).....	713
<i>Lagiorgia v. The Queen</i> , [1985] 1 F.C. 438; (1985), 18 C.R.R. 348; [1985] 2 CTC 25; 85 DTC 5419 (Fr.); 85 DTC 5554 (Eng.) (T.D.).....	195
<i>Latif v. Canadian Human Rights Commission</i> , [1980] 1 F.C. 687; (1979), 105 D.L.R. (3d) 609; 79 CLLC 14,223; 28 N.R. 494 (C.A.).....	472
<i>Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)</i> , [1989] 1 S.C.R. 705; 23 Q.A.C. 1; (1989), 45 M.P.L.R. 1; 94 N.R. 1.....	408
<i>Laxton Hldg. Ltd. v. Madill</i> , [1987] 3 W.W.R. 570; (1987), 56 Sask. R. 152; 26 C.C.L.I. 121; 18 C.P.C. (2d) 117 (C.A.).....	571
<i>Le Lievre v. Gould</i> , [1893] 1 Q.B. 491 (C.A.).....	25
<i>Leigh and Sillavan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co. Ltd.</i> , [1986] A.C. 785 (H.L.).....	25
<i>Reliever v. Lindson</i> (1977), 3 C.P.C. 245 (Ont. H.C.).....	316
<i>Letnik v. Toronto (Municipality of Metropolitan)</i> , [1988] 2 F.C. 399; (1988), 49 D.L.R. (4th) 707; 44 C.C.L.T. 69; 82 N.R. 261 (C.A.).....	408
<i>Leung v. Canada (Minister of Employment & Immigration)</i> (1990), 74 D.L.R. (4th) 313; 12 Imm. L.R. (2d) 43 (F.C.A.).....	592
<i>Levine Estate v. Minister of National Revenue</i> , [1973] F.C. 285; [1973] CTC 219; (1973), 73 DTC 5182 (T.D.).....	276
<i>Longia v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1990] 3 F.C. 288; (1990), 44 Admin. L.R. 264; 10 Imm. L.R. (2d) 312; 114 N.R. 280 (C.A.).....	581
<i>Lord v. Lord</i> (1855), 5 El. & Bl. 404; 119 E.R. 531 (K.B.).....	663
<i>Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.</i> , [1991] 1 F.C. 325; (1990), 33 C.P.R. (3d) 49 (T.D.)	571
<i>Lucas v. Canada (Public Service Commission Appeal Board)</i> , [1987] 3 F.C. 354; (1987), 40 D.L.R. (4th) 365; 80 N.R. 109 (C.A.).....	219
<i>Lucky, Mr v MNR</i> , [1972] C.T.C. 2412 (T.R.B.).....	152
<i>M.N.R. v. Gunnar Mining Ltd.</i> , [1970] Ex.C.R. 328; [1970] C.T.C. 152; (1970), 70 DTC 6135.....	403
<i>Macaura v. Northern Assurance Co.</i> , [1925] A.C. 619 (H.L.).....	276
<i>MacBain v. Lederman</i> , [1985] 1 F.C. 856; (1985), 22 D.L.R. (4th) 119; 16 Admin. L.R. 109; 6 C.H.R.R. D/3064; 85 CLLC 17,023; 18 C.R.R. 165; 62 N.R. 117 (C.A.)	592
<i>Macmillan & Co. v. Cooper</i> (1923), 93 L.J.P.C. 113.....	487
<i>Mahendran v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , A-628-90, F.C.A., Heald J.A., judgment dated 21/6/91, not yet reported.....	629
<i>Maislin Industries Limited v. Minister for Industry, Trade and Commerce</i> , [1984] 1 F.C. 939; (1984), 10 D.L.R. (4th) 417; 8 Admin. L.R. 305; 27 B.L.R. 84 (T.D.).....	77
<i>Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.</i> , [1987] 1 S.C.R. 110; (1987), 38 D.L.R. (4th) 321; [1987] 3 W.W.R. 1; 46 Man. R. (2d) 241; 25 Admin. L.R. 20; 87 CLLC 14,015; 18 C.P.C. (2d) 273; 73 N.R. 341.....	142
<i>Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.</i> , [1987] 1 S.C.R. 110; (1987), 38 D.L.R. (4th) 321; [1987] 3 W.W.R. 1; 46 Man. R. (2d) 241; 25 Admin. L.R. 20; 87 CLLC 14,015; 18 C.P.C. (2d) 273; 73 N.R. 341.....	440

<i>Maple Leaf Mills Ltd. v. Minister of National Revenue</i> , [1977] 1 S.C.R. 558; (1976), 76 DTC 6182	732
<i>Maple Leaf Mills Ltd. v. Quaker Oat Co. of Can.</i> (1984), 2 C.I.P.R. 33; 82 C.P.R. (2d) 118 (F.C.T.D.)	3
<i>Maple Leaf Mills Ltd. v. Quaker Oat Co. of Can.</i> (1984), 2 C.I.P.R. 33; 82 C.P.R. (2d) 118 (F.C.T.D.)	182
<i>Mathieson v. Sir Isaac Pitman & Sons Ltd.</i> (1930), 47 R.P.C. 541 (Ch.D.).....	3
<i>Mattia v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1987] 3 F.C. 492; (1987), 10 F.T.R. 170 (T.D.).....	581
<i>McKinney v. University of Guelph</i> , [1990] 3 S.C.R. 229; (1990), 76 D.L.R. (4th) 545; 91 CLLC 17,004	687
<i>McNamara Construction (Western) Ltd. et al. v. The Queen</i> , [1977] 2 S.C.R. 654; (1977), 75 D.L.R. (3d) 273; 13 N.R. 181.....	195
<i>Miller, (Ed) Sales & Rentals Ltd. v. Caterpillar Tractor Co.</i> (1986), 43 Alta. L.R. (2d) 299 (Q.B.).....	571
<i>Mills v. The Queen</i> , [1986] 1 S.C.R. 863; (1986), 29 D.L.R. (4th) 161; 26 C.C.C. (3d) 481; 52 C.R. (3d) 1; 21 C.R.R. 76; 67 N.R. 241; 16 O.A.C. 81.....	133
<i>Minister of Employment and Immigration et al. v. Jiminez -Perez et al.</i> , [1984] 2 S.C.R. 565; (1984), 14 D.L.R. (4th) 609; [1985] 1 W.W.R. 577; 9 Admin. L.R. 280; 56 N.R. 215.....	639
<i>Minister of Justice of Canada et al. v. Borowski</i> , [1981] 2 S.C.R. 575; (1981), 130 D.L.R. (3d) 588; [1982] 1 W.W.R. 97; 12 Sask. R. 420; 64 C.C.C. (2d) 97; 24 C.P.C. 62; 24 C.R. (3d) 352; 39 N.R. 331.....	522
<i>Minister of Justice of Canada et al. v. Borowski</i> , [1981] 2 S.C.R. 575; (1981), 130 D.L.R. (3d) 588; [1982] 1 W.W.R. 97; 12 Sask. R. 420; 64 C.C.C. (2d) 97; 24 C.P.C. 62; 24 C.R. (3d) 352; 39 N.R. 331.....	687
<i>Minister of Manpower and Immigration v. Tsiafakis</i> , [1977] 2 F.C. 216; (1977), 73 D.L.R. (3d) 139 (C.A.)	763
<i>Minister of National Revenue v. Benaby Realities Limited</i> , [1968] S.C.R. 12; (1967), 64 D.L.R. (2d) 665; [1967] C.T.C. 418; 67 DTC 5275.....	732
<i>Minister of National Revenue v. Dufresne, Didace</i> , [1967] Ex.C.R. 128; [1967] C.T.C. 153; (1967), 67 DTC 5105	276
<i>Minister of National Revenue v. John Colford Contracting Co. Ltd.</i> , [1960] Ex.C.R. 433; (1960), 26 D.L.R. (2d) 15; [1960] C.T.C. 178; 60 DTC 1131	732
<i>Minister of National Revenue v. Taylor, Maurice</i> , [1961] Ex.C.R. 318; [1961] C.T.C. 211; 61 DTC 1139	655
<i>Mohammad v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1989] 2 F.C. 363; (1988), 55 D.L.R. (4th) 321; 21 F.T.R. 240 (note); 91 N.R. 121 (C.A.)	592
<i>Monk Corp. v. Island Fertilizers Ltd.</i> , [1991] 1 S.C.R. 779; (1991), 80 D.L.R. (4th) 58; 123 N.R. 1	550
<i>Monsanto Canada Inc. v. Minister of Agriculture</i> (1986), 8 C.P.R. (3d) 517; 1 F.T.R. 63 (F.C.T.D.).....	372
<i>Morrison Steamship Co., Ltd. v. Greystoke Castle (Cargo Owners)</i> , [1947] A.C. 265 (H.L.)	25
<i>Muliadi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1986] 2 F.C. 205; (1986), 18 Admin. L.R. 243; 66 N.R. 8 (C.A.)	613

	PAGE
<i>Munday (J.R.) Ltd. v. London County Council</i> , [1916] 2 K.B. 331 (C.A.).....	25
<i>Murphy v. Brentwood District Council</i> , [1991] 1 A.C. 398 (H.L.).....	25
<i>Murphy v. Brentwood D C</i> , [1990] 2 All ER 908 (H.L.).....	408
<i>Murray v. Government of Canada</i> (1983), 47 N.R. 299 (F.C.A.).....	219
<i>N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada</i> , [1987] 1 S.C.R. 1247; (1987), 39 D.L.R. (4th) 465; 27 C.C.L.I. 51; 17 C.P.C. (2d) 204; 76 N.R. 212.....	25
<i>National Gypsum Co. v. Dorrell</i> (1989), 68 O.R. (2d) 689; 34 C.P.C. (2d) 1; 25 C.P.R. (3d) 15 (H.C.).....	571
<i>Neonex International Ltd v The Queen</i> , [1978] CTC 485; (1978), 78 DTC 6339; 22 N.R. 284 (F.C.A.).....	732
<i>Nevco Scoreboard Co. Ltd. and Deputy M.N.R. (Customs and Excise) and Rotomatic Display Products Ltd.</i> (1986), 12 C.E.R. 88; 11 TBR 342.....	663
<i>Newfoundland Light and Power Co. Ltd. v. The Queen</i> , [1986] 2 C.T.C. 235; (1986), 86 DTC 6373 (F.C.T.D.).....	732
<i>Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police</i> , [1979] 1 S.C.R. 311; (1978), 88 D.L.R. (3d) 671; 78 CLLC 14,181; 23 N.R. 410.....	109
<i>Norman Kark Publications Ltd. v. Odhams Press Ltd.</i> , [1962] R.P.C. 163 (Ch.D.).....	3
<i>Novopharm Ltd. v. Wyeth Ltd.</i> (1986), 26 D.L.R. (4th) 80; 8 C.P.R. (3d) 448; 64 N.R. 144 (F.C.A.).....	332
<i>Nowegijick v. The Queen</i> , [1983] 1 S.C.R. 29; (1983), 144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] CTC 20; 83 DTC 5041; 46 N.R. 41.....	440
<i>Nowlan v. Elderkin</i> , [1950] 3 D.L.R. 773 (N.S.S.C.).....	109
<i>1853-9049 Québec Inc. v. The Queen</i> , [1987] 1 C.T.C. 137 (Eng.); [1986] 2 C.T.C. 486 (Fr.); (1986), 87 DTC 5093 (Eng.); 87 DTC 5031 (Fr.); 9 F.T.R. 63 (F.C.T.D.).....	713
<i>O'Grady v. Whyte</i> , [1983] 1 F.C. 719; (1982), 138 D.L.R. (3d) 167; 42 N.R. 608 (C.A.).....	440
<i>Okeynan v. Prince Albert Penitentiary and National Parole Board</i> (1988), 20 F.T.R. 270 (F.C.T.D.).....	109
<i>Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)</i> , [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.....	346
<i>Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke</i> , [1982] 1 S.C.R. 202; (1982), 132 D.L.R. (3d) 14; 82 CLLC 17,005; 40 N.R. 159.....	472
<i>Optical Recording Corp. v. Canada</i> , [1991] 1 F.C. 309; (1990), 90 DTC 6647; 116 N.R. 200 (C.A.).....	522
<i>Orantes v. Minister of Employment and Immigration</i> (1990), 34 F.T.R. 184 (F.C.T.D.).....	771
<i>P.E.I. Potato Marketing Board v. Willis</i> , [1952] 2 S.C.R. 392; [1952] 4 D.L.R. 146... ..	440
<i>P.P.G. Industries Canada Ltd. v. A.G. of Canada</i> , [1976] 2 S.C.R. 739; (1975), 65 D.L.R. (3d) 354; 7 N.R. 209.....	663
<i>Pacific Western Airlines Ltd. v. R.</i> , [1979] 2 F.C. 476 (T.D.); affd [1980] 1 F.C. 86; (1979), 105 D.L.R. (3d) 60; 14 C.P.C. 165 (C.A.).....	195
<i>Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food</i> , [1968] A.C. 997 (H.L.).....	109
<i>Peabody Donation Fund (Governors of) v. Sir Lindsay Parkinson & Co. Ltd.</i> , [1985] A.C. 210 (H.L.).....	25
<i>Pioneer Shipping Ltd v BTP Tioxide Ltd</i> , [1981] 2 All ER 1030 (H.L.).....	487

<i>Pizza Pizza Ltd. v. Little Caesar International Inc.</i> , [1990] 1 F.C. 659; (1989), 27 C.I.P.R. 126; 27 C.P.R. (3d) 525; 32 F.T.R. 43 (T.D.).....	3
<i>Posen v. Minister of Consumer and Corporate Affairs Canada</i> , [1980] 2 F.C. 259; (1979), 46 C.P.R. 2d 63; 36 N.R. 572 (C.A.).....	487
<i>Prior v. Canada</i> , [1988] 2 F.C. 371; [1988] 1 C.T.C. 241; (1988), 88 D.T.C. 6207; 18 F.T.R. 227 (T.D.) affirmed (1989), 44 C.R.R. 110; [1989] 2 C.T.C. 280; 89 D.T.C. 5503; 28 F.T.R. 240; 101 N.R. 401 (C.A.).....	522
<i>Prosser v. Edmonds</i> (1835), 1 Y. & C. Ex. 481; 160 E.R. 196 (Ex. Div.).....	512
<i>Quebec Hydro-Electric Commission v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise</i> , [1970] S.C.R. 30; [1969] C.T.C. 574; (1969), 69 DTC 5372....	732
<i>R. v. Askov</i> , [1990] 2 S.C.R. 1199; (1990), 75 O.R. (2d) 673; 74 D.L.R. (4th) 355; 59 C.C.C. (3d) 449; 79 C.R. (3d) 273; 49 C.R.R. 1; 42 O.A.C. 81.....	332
<i>R. v. Beare</i> , [1988] 2 S.C.R. 387; (1988), 55 D.L.R. (4th) 481; [1989] 1 W.W.R. 97; 71 Sask. R. 1; 45 C.C.C. (3d) 57; 66 C.R. (3d) 97; 36 C.R.R. 90; 88 N.R. 205.....	581
<i>R. v. Bennett</i> (1991), 3 O.R. (3d) 193; 64 C.C.C. (3d) 449 (C.A.).....	332
<i>R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.</i> , [1985] 1 S.C.R. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81.....	522
<i>R. v. Brislan; Ex parte Williams</i> (1935), 54 C.L.R. 262 (H.C. Aust.).....	663
<i>R. v. CAE Industries Ltd.</i> , [1986] 1 F.C. 129; (1985), 20 D.L.R. (4th) 347; [1985] 5 W.W.R. 481; 30 B.L.R. 236; 61 N.R. 19 (C.A.).....	25
<i>R. v. Compagnie Immobilière BCN Ltée</i> , [1979] 1 S.C.R. 865; [1979] C.T.C. 71; (1979), 79 DTC 5068; 25 N.R. 361.....	501
<i>R. v. Derbecker</i> , [1985] 1 F.C. 160; [1984] CTC 606; (1984), 84 DTC 6549 (C.A.)...	732
<i>R. v. Fortin</i> (1990), 75 O.R. (2d) 733 (Gen. Div.).....	332
<i>R. v. Fosty</i> , [1989] 2 W.W.R. 193; (1989), 55 Man. R. (2d) 289; 46 C.C.C. (3d) 449; 68 C.R. (3d) 382; 41 C.R.R. 20 (Man. C.A.).....	522
<i>R. v. Gamble</i> , [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.....	771
<i>R. v. Gayme</i> , [1991] 2 S.C.R. 577.....	581
<i>R. v. Gowers</i> , [1980] 2 F.C. 503; (1979), 34 N.R. 337 (C.A.).....	219
<i>R. v. Grimba and Wilder</i> (1977), 38 C.C.C. (2d) 469 (Ont. Co. Ct.).....	109
<i>R. v. Gruenke</i> , [1991] 3 S.C.R. 263.....	522
<i>R. v. Ingebrigtsen</i> (1990), 114 N.R. 381 (Ct. Martial App. Ct.).....	522
<i>R. v. James, Kirsten and Rosenthal</i> (1986), 55 O.R. (2d) 609; (1986), 27 C.C.C. (3d) 1; [1986] 2 C.T.C. 288; 86 D.T.C. 6432; 15 O.A.C. 319 (C.A.) affirmed <i>sub nom. R. v. James</i> , [1988] 1 S.C.R. 669; (1988), 63 O.R. (2d) 635; 40 C.C.C. (3d) 576; [1988] 2 C.T.C. 1; 88 DTC 6273; 85 N.R. 1.....	771
<i>R. v. Lavery (No. 2)</i> (1979), 47 C.C.C. (2d) 60; 9 C.R. (3d) 288 (Ont. C.A.).....	109
<i>R. v. Longtin</i> (1983), 41 O.R. (2d) 545; 147 D.L.R. (3d) 604; 5 C.C.C. (3d) 12; 8 C.R.R. 136 (C.A.).....	771
<i>R. v. Lyons</i> , [1987] 2 S.C.R. 309; (1987), 44 D.L.R. (4th) 193; 37 C.C.C. (3d) 1; 61 C.R. (3d) 1; 80 N.R. 161.....	592

<i>R. v. Mills</i> , [1986] 1 S.C.R. 863; (1986), 29 D.L.R. (4th) 161; 26 C.C.C. (3d) 481; 52 C.R. (3d) 1; 21 C.R.R. 76; 67 N.R. 241; 16 O.A.C. 81.....	332
<i>R. v. Morgentaler</i> , [1989] 1 S.C.R. 30; (1988), 63 O.R. (2d) 281; 44 D.L.R. (4th) 385; 37 C.C.C. (3d) 449; 62 C.R. (3d) 1; 31 C.R.R. 1; 82 N.R. 1; 26 O.A.C. 1.....	522
<i>R. v. O'Brien</i> , [1978] 1 S.C.R. 591; (1977), 76 D.L.R. (3d) 513; [1977] 5 W.W.R. 400; 35 C.C.C. (2d) 209; 38 C.R.N.S. 325; 16 N.R. 271.....	109
<i>R. v. S. (S.)</i> , [1990] 2 S.C.R. 254; (1990), 57 C.C.C. (3d) 115; 77 C.R. (3d) 273; 49 C.R.R. 79; 110 N.R. 321; 41 O.A.C. 81.....	771
<i>R. v. Sparrow</i> , [1990] 1 S.C.R. 1075; [1990] 4 W.W.R. 410.....	440
<i>R. v. Stevens</i> , [1988] 1 S.C.R. 1153; (1988), 41 C.C.C. (3d) 193; 64 C.R. (3d) 297; 86 N.R. 85; 28 O.A.C. 243.....	771
<i>R. v. Turpin</i> , [1989] 1 S.C.R. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 96 N.R. 115.....	687
<i>R. v. Turpin</i> , [1989] 1 S.C.R. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97.....	771
<i>R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool</i> , [1983] 1 S.C.R. 205; (1983), 143 D.L.R. (3d) 9; [1983] 3 W.W.R. 97; 23 CCLT 121; 45 N.R. 425.....	25
<i>R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool</i> , [1983] 1 S.C.R. 205; (1983), 143 D.L.R. (3d) 9; [1983] 3 W.W.R. 97; 23 CCLT 121; 45 N.R. 425.....	195
<i>Ramnarian v. Minister of Employment and Immigration</i> (1981), 55 N.R. 67 (F.C.A.)	581
<i>Re B.C. Government Employees Union et al. and Public Service Commission et al.</i> (1979), 96 D.L.R. (3d) 86; 10 B.C.L.R. 87 (S.C.).....	663
<i>Re Maher and Attorney-General's Department</i> (1985), 7 ALD 731 (Adm. App. Trib.)	77
<i>Re McLeod and Minister of National Revenue et al.</i> (1983), 146 D.L.R. (3d) 561; [1983] CTC 168; 83 DTC 5212 (F.C.T.D.).....	713
<i>Re Rohm & Haas Canada Ltd. and Anti-dumping Tribunal</i> (1978), 91 D.L.R. (3d) 212; 22 N.R. 175 (F.C.A.).....	487
<i>Re Seaboyer and The Queen sub nom. R. v. Seaboyer</i> ; (1987), 61 O.R. (2d) 290; 37 C.C.C. (3d) 53 (C.A.); affd <i>R. v. Gayme</i> , [1991] 2 S.C.R. 577.....	581
<i>Re Throssell and Australian Archives</i> (1986), 10 ALD 403 (Adm. App. Trib.).....	77
<i>Reading & Bates Construction Co. v. Baker Energy Resources Corp.</i> (1986), 8 C.I.P.R. 250; 13 C.P.R. (3d) 410; 2 F.T.R. 241 (F.C.T.D.).....	403
<i>Reed v. Canada</i> , [1989] 3 F.C. 259; (1989), 41 C.R.R. 371; [1989] 2 C.T.C. 192; 89 DTC 5230 (T.D.).....	522
<i>Reference/Appeal 1907</i> (1983), 8 TBR 587.....	663
<i>Reference Re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)</i> , [1987] 1 S.C.R. 1148	522
<i>Reference Re Sections 32 and 34 of the Workers' Compensation Act, (Nfld.)</i> (1987), 67 Nfld. & P.E.I.R. 16; 44 D.L.R. (4th) 501; 206 A.P.R. 16; 36 C.R.R. 112 (C.A.) affd [1989] 1 S.C.R. 922; (1989), 76 Nfld. & P.E.I.R. 181; 56 D.L.R. (4th) 765; 235 A.P.R. 181; 40 C.R.R. 135; 96 N.R. 227.....	771
<i>Regina v. Northern Electric Company, Limited et al.</i> , [1955] O.R. 431; [1955] 3 D.L.R. 449; 111 C.C.C. 241; 24 C.P.R. 1; 21 C.R. 45 (H.C.).....	109
<i>Reichmann et al. v. Toronto Life Publishing Co. et al.</i> (1988), 28 C.P.C. (2d) 11 (Ont. H.C.).....	571
<i>Rex v. Gignac</i> , [1934] O.R. 195; [1934] 2 D.L.R. 113; (1934), 61 C.C.C. 371 (H.C.)	663
<i>Rex v. Loxdale</i> (1758), 1 Burr. 445; 97 E.R. 394 (K.B.).....	813

<i>Reyes v. Attorney General of Canada</i> , [1983] 2 F.C. 125; (1983), 149 D.L.R. (3d) 748; 3 Admin. L.R. 141; 13 C.R.R. 235 (T.D.)	771
<i>Reynolds v. Godlee</i> (1858), 4 K. & J. 88; 70 E.R. 37 (Vice-Chancellor's Ct.)	571
<i>Rhine v. The Queen; Prytula v. The Queen</i> , [1980] 2 S.C.R. 442; (1980), 116 D.L.R. (3d) 385; 34 N.R. 290	195
<i>Richardson v. Hastings</i> (1844), 7 Beav. 354; 49 E.R. 1102 (Rolls Ct.)	571
<i>Ridge v. Baldwin</i> , [1963] 2 All E.R. 66 (H.L.)	109
<i>Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works et al.</i> , [1974] S.C.R. 1189; (1973), 40 D.L.R. (3d) 530; [1973] 6 W.W.R. 692	25
<i>Roberts v. Canada</i> , [1989] 1 S.C.R. 322; [1989] 3 W.W.R. 117; (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 1; 25 F.T.R. 161; 92 N.R. 241	195
<i>Rocca Enterprises Ltd. et al. v. University Press of New Brunswick Ltd. and Crowther</i> (1989), 103 N.B.R. (2d) 224; 259 A.P.R. 224 (Q.B.)	571
<i>Roncarelli v. Duplessis</i> , [1959] S.C.R. 121; (1959), 16 D.L.R. (2d) 689	195
<i>Ross v. Caunters</i> , [1980] Ch. 297 (Ch.D.)	25
<i>Rothfield v. Manolakos</i> , [1989] 2 S.C.R. 1259; (1989), 63 D.L.R. (4th) 449; [1990] 1 W.W.R. 408; 102 N.R. 249	25
<i>Rothfield v. Manolakos</i> , [1989] 2 S.C.R. 1259; (1989), 63 D.L.R. (4th) 449; [1990] 1 W.W.R. 408; 102 N.R. 249	408
<i>Rothmans of Pall Mall Canada Limited v. Minister of National Revenue (No. 2)</i> , [1976] 2 F.C. 512; [1976] CTC 347 (C.A.)	713
<i>Rule-Bilt Ltd. v. Shenkman Corporation Ltd. et al.</i> (1977), 18 O.R. (2d) 276; 4 C.P.C. 256 (S.C.)	316
<i>Salomon v. Salomon & Co.</i> , [1897] A.C. 22 (H.L.)	276
<i>Sask. Econ. Dev. Corp. v. Patterson-Boyd Mfg. Corp.</i> , [1981] 2 W.W.R. 40; (1981), 6 Sask R. 325 (C.A.)	276
<i>Saskatchewan Wheat Pool v. R.</i> , [1981] 2 F.C. 212; (1980), 117 D.L.R. (3d) 70; 34 N.R. 74 (C.A.)	25
<i>Seapearl (The Ship M/V) v. Seven Seas Dry Cargo Shipping Corporation of Santiago, Chile</i> , [1983] 2 F.C. 161; (1982), 139 D.L.R. (3d) 669; 43 N.R. 517 (C.A.)	550
<i>Shairp v. M.N.R.</i> , [1989] 1 F.C. 562; [1988] 2 C.T.C. 344; (1988), 88 DTC 6484; 93 N.R. 396 (C.A.)	403
<i>Sherman v. Drabinsky</i> (1990), 74 O.R. (2d) 596 (H.C.)	512
<i>Silverman, Harry v. Minister of National Revenue</i> , [1961] Ex.C.R. 19; [1960] C.T.C. 262; (1960), 60 DTC 1212	753
<i>Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration</i> , [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1	581
<i>Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration</i> , [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1	592
<i>Slaight Communications Inc. v. Davidson</i> , [1989] 1 S.C.R. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 93 N.R. 183	109
<i>Slaight Communications Inc. v. Davidson</i> , [1989] 1 S.C.R. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 93 N.R. 183	639

<i>Smerchanski v. Minister of National Revenue</i> , [1974] 1 F.C. 554; (1974), 45 D.L.R. (3d) 254; [1974] CTC 241; 74 DTC 6197; 2 N.R. 197 (C.A.).....	655
<i>Smerchanski v. Minister of National Revenue</i> , [1977] 2 S.C.R. 23; [1976] CTC 488; (1976), C.R.N.S. 228; 76 DTC 6247; 9 N.R. 459	655
<i>Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)</i> , [1989] 3 F.C. 540; (1989), 24 C.P.R. (3d) 484; [1989] 2 C.T.C. 63; 89 DTC 5205 (T.D.).....	571
<i>Snell v. Farrell</i> , [1990] 2 S.C.R. 311; (1990), 110 N.R. 200.....	25
<i>Snell v. Farrell</i> , [1990] 2 S.C.R. 311; (1990), 110 N.R. 200.....	408
<i>Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. et al. v. Association of Parents for Fairness in Education et al.</i> , [1986] 1 S.C.R. 549; (1986), 69 N.B.R. (2d) 271; 27 D.L.R. (4th) 406; 177 A.P.R. 271; 66 N.R. 173	663
<i>Southam Inc. v. Canada (Attorney General)</i> , [1990] 3 F.C. 465; 1990, 73 D.L.R. (4th) 289 (C.A.).....	195
<i>Sperry Corporation v. John Deere Ltd. et al.</i> (1984), 82 C.P.R. (2d) 1 (F.C.T.D.).....	316
<i>Standing v. The London Gas Co.</i> (1861), 21 U.C.Q.B. 209 (C.A.).....	512
<i>Stein et al. v. The Ship "Kathy K" et al.</i> , [1976] 2 S.C.R. 802; (1975), 62 D.L.R. (3d) 1; 6 N.R. 359	25
<i>Stein et al. v. The Ship "Kathy K" et al.</i> , [1976] 2 S.C.R. 802; (1975), 62 D.L.R. (3d) 1; 6 N.R. 359	753
<i>Stephens v. R.</i> (1982), 26 C.P.C. 1; [1982] CTC 138; 82 DTC 6132; 40 N.R. 620 (F.C.A.).....	195
<i>Sussex Peerage Case</i> , [1844] 11 Cl. and Fin. 85; (1844), 8 E.R. 1034 (H.L.).....	655
<i>Sutherland Shire Council v Heyman</i> (1985), 60 A.L.R. 1 (H.Ct.)	25
<i>Syntex Inc. v. Apotex Inc.</i> (1989), 27 C.I.P.R. 123; 28 C.P.R. (3d) 40; 32 F.T.R. 39 (F.C.T.D.).....	3
<i>Syntex Inc. v. Novopharm Ltd.</i> (1991), 36 C.P.R. (3d) 129 (F.C.A.).....	3
<i>Syntex Inc. v. Novopharm Ltd.</i> (1991), 36 C.P.R. (3d) 129 (F.C.A.).....	182
<i>Tagg v. South Devon Railway Company</i> (1849), 12 Beav. 151; 50 E.R. 1017 (Rolls Ct.)	571
<i>Tariff Board Act (In re)</i> , [1977] 2 F.C. 228 (C.A.).....	663
<i>Tate v. Fulbrook</i> , [1908] 1 K.B. 821 (C.A.).....	487
<i>Ternette v. Solicitor General of Canada</i> , [1984] 2 F.C. 486; (1984), 10 D.L.R. (4th) 587; [1984] 5 W.W.R. 612; 32 Alta. L.R. (2d) 310; 9 Admin. L.R. 24 (T.D.).....	501
<i>Tétreault-Gadoury v. Canada (Canada Employment and Immigration Commission)</i> , [1989] 2 F.C. 245; (1988), 53 D.L.R. (4th) 384; 33 Admin. L.R. 244; 23 C.C.E.L. 103; 88 CLLC 14,050; 88 N.R. 6 (C.A.)	332
<i>Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)</i> , [1991] 2 S.C.R. 22; (1991), 81 D.L.R. (4th) 358; 91 CLLC 14,023; 126 N.R. 1.....	581
<i>Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)</i> , [1991] 2 S.C.R. 22; (1991), 91 CLLC 14,023.....	332
<i>Tetzlaff v. Canada (Minister of the Environment)</i> (1991), 47 Admin. L.R. 275; 40 F.T.R. 104 (F.C.T.D.).....	261
<i>Tetzlaff v. Canada (Minister of the Environment)</i> (1991), 47 Admin. L.R. 290; 40 F.T.R. 114 (F.C.T.D.).....	261
<i>The Attorney General v. Edison Telephone Company of London</i> (1880), 6 Q.B. 244 (Ex.D.).....	663

	PAGE
<i>The King v. Cliche</i> , [1935] S.C.R. 561; [1936] 1 D.L.R. 195	408
<i>The King ex rel. Tolfree v. Clark et al.</i> , [1944] S.C.R. 69; [1944] 1 D.L.R. 495	372
<i>The Queen v. Maritime Telegraph and Telephone Co. Ltd.</i> (1990), 91 DTC 5038 (F.C.T.D.).....	732
<i>Thomson v. Canada</i> , [1988] 3 F.C. 108; (1988), 50 D.L.R. (4th) 454; 31 Admin. L.R. 14; 84 N.R. 169 (C.A.).....	237
<i>Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)</i> , [1990] 2 F.C. 820; (1990), 43 Admin. L.R. 40 (C.A.).....	237
<i>Thorson v. Attorney General of Canada et al.</i> , [1975] 1 S.C.R. 138; (1974), 43 D.L.R. (3d) 1; 1 N.R. 225.....	522
<i>Tock v. St. John's Metropolitan Area Board</i> , [1989] 2 S.C.R. 1181; (1989), 64 D.L.R. (4th) 620; 104 N.R. 241	408
<i>Tory Estate v. Minister of National Revenue</i> , [1973] F.C. 820; [1973] CTC 434; (1973), 73 DTC 5354 (C.A.); appeal dismissed <i>sub nom. Montreal Trust Co. v. M.N.R.</i> , [1976] 1 S.C.R. x; [1976] CTC 415; (1976), 76 DTC 6312; 9 N.R. 394	152
<i>Trendtex Trading Corp'n. v. Credit Suisse</i> , [1982] A.C. 679 (H.L.).....	512
<i>Tropwood A.G. et al. v. Sivaco Wire & Nail Co. et al.</i> , [1979] 2 S.C.R. 157; (1979), 99 D.L.R. (3d) 235; 10 C.P.C. 9; 26 N.R. 313	245
<i>Tropwood A.G. et al. v. Sivaco Wire & Nail Co. et al.</i> , [1979] 2 S.C.R. 157; (1979), 99 D.L.R. (3d) 235; 10 C.P.C. 9; 26 N.R. 313	550
<i>Tucker v. Puget Sound Bridge Dredging Co.</i> (1910), 15 B.C.R. 393; 14 W.L.R. 468 (C.A.).....	512
<i>Turbo Resources Ltd. v. Petro Canada Inc.</i> , [1989] 2 F.C. 451; (1989), 22 C.I.P.R. 172; 24 C.P.R. (3d) 1; 91 N.R. 341 (C.A.).....	3
<i>Turbo Resources Ltd. v. Petro Canada Inc.</i> , [1989] 2 F.C. 451; (1989), 22 C.I.P.R. 172; 24 C.P.R. (3d) 1; 91 N.R. 341 (C.A.).....	142
<i>Turbo Resources Ltd. v. Petro Canada Inc.</i> , [1989] 2 F.C. 451; (1989), 22 C.I.P.R. 172; 24 C.P.R. (3d) 1; 91 N.R. 341 (C.A.).....	182
<i>Turmel v. Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission</i> (1985), 16 C.R.R. 9 (F.C.T.D.).....	713
<i>Union Gas Ltd. v. TransCanada Pipelines Ltd.</i> , [1974] 2 F.C. 313 (C.A.).....	332
<i>Valente v. The Queen et al.</i> , [1985] 2 S.C.R. 673; (1985), 52 O.R. (2d) 779; 24 D.L.R. (4th) 161; 23 C.C.C. (3d) 193; 49 C.R. (3d) 97; 19 C.R.R. 354; 37 M.V.R. 9; 64 N.R. 1; 14 O.A.C. 79.....	592
<i>Vidal v. Canada (Minister of Employment & Immigration)</i> (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 123 (F.C.T.D.).....	639
<i>Vita Food Products, Incorporated v. Unus Shipping Co., Ltd.</i> , [1939] A.C. 277 (P.C.)	245
<i>Waltham Watch Company of Canada Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise</i> (1984), 9 TBR 388	663
<i>Wang Laboratories (Canada) Limited v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise</i> (1971), 5 TBR 119.....	663
<i>Waxoyl AG v. Waxoyl Canada Ltd.</i> (1982), 38 O.R. (2d) 672; 66 C.P.R. (2d) 170 (H.Ct.)	3
<i>Weisfeld v. Canada</i> , [1990] 1 F.C. 367; (1989), 42 C.R.R. 238; 27 F.T.R. 30 (T.D.)	195

	PAGE
<i>Welbridge Holdings Ltd. v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg</i> , [1971] S.C.R. 957; (1970), 22 D.L.R. (3d) 470; [1972] 3 W.W.R. 433	408
<i>Wembley Inc. v. Wembley Neckwear Co.</i> , [1948] O.R. 341; [1948] 3 D.L.R. 109; (1948), 8 C.P.R. 132; 7 Fox. Pat. C. 244 (C.A.)	797
<i>West Kootenay Power and Light Co. v. Canada</i> , [1992] 1 F.C. 732; (1991), 92 DTC 6023 (C.A.)	753
<i>Whitbread v. Walley</i> , [1990] 3 S.C.R. 1273; (1990), 77 D.L.R. (4th) 25; [1991] 2 W.W.R. 195; 52 B.C.L.R. (2d) 187; 120 N.R. 109	440
<i>Whitbread v. Walley</i> , [1990] 3 S.C.R. 1273; (1990), 77 D.L.R. (4th) 25; [1991] 2 W.W.R. 195; 52 B.C.L.R. (2d) 187; 120 N.R. 109	550
<i>Williams v. Prince of Wales' Life, & Company</i> (1857), 23 Beav. 338; 53 E.R. 133 (Rolls Ct.)	571
<i>Willingale (Inspector of Taxes) v International Commercial Bank Ltd</i> , [1978] 1 All ER 754 (H.L.)	732
<i>Willis Estate v. M.N.R.</i> (1968), 68 DTC 204 (T.A.B.)	152
<i>Wilsher v. Essex Area Health Authority</i> , [1988] A.C. 1074 (H.L.)	25
<i>Wilsher v. Essex Area Health Authority</i> , [1988] 2 W.L.R. 557 (H.L.)	408
<i>Wilson v. Broadcasting Corporation of New Zealand</i> , [1990] 2 NZLR 565 (H.C.)	487
<i>Wirth Ltd. v. Acadia Pipe & Supply Corp. et al.</i> (1991), 113 A.R. 298; 79 Alta. L.R. (2d) 345 (Q.B.)	571
<i>Wong v. Minister of Employment and Immigration</i> (1986), 64 N.R. 309 (F.C.A.)	763
<i>Yang v. Canada (Minister of Employment & Immigration)</i> (1989), 36 Admin. L.R. 235; 27 F.T.R. 74; 8 Imm. L.R. (2d) 48 (F.C.T.D.)	613
<i>Yhap v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1990] 1 F.C. 722; (1990), 9 Imm. L.R. (2d) 69; 29 F.T.R. 223 (T.D.)	639
<i>Yri-York Ltd. v. Canada (Attorney General)</i> , [1988] 3 F.C. 186; (1988), 30 Admin. L.R. 1; 16 F.T.R. 319; 83 N.R. 195 (C.A.)	142
<i>Yuen Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong</i> , [1988] A.C. 175 (P.C.)	25
<i>Zalzali v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1991] 3 F.C. 605 (C.A.)	706
<i>Zwarich v. Canada (Attorney General)</i> , [1987] 3 F.C. 253; (1987), 26 Admin. L.R. 295; 87 CLLC 14,053; 31 C.R.R. 244; 82 N.R. 341 (C.A.)	332

**STATUTES
AND
REGULATIONS
JUDICIALLY
CONSIDERED**

**LOIS
ET
RÈGLEMENTS**

STATUTES

LOIS

CANADA

CANADA

		PAGE
Access to Information Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Schedule 1	Loi sur l'accès à l'information, S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, annexe I	
s./art. 2		77
s./art. 4		77
s./art. 6		77
s./art. 8(1).....		77
s./art. 10(1)(b).....		77
s./art. 13		77
s./art. 15		77
s./art. 19		77
s./art. 20(1)(b).....		77
s./art. 30(1).....		77
s./art. 41		77
s./art. 47(1).....		77
s./art. 48		77
s./art. 49		77
s./art. 50		77
s./art. 52(1).....		77
s./art. 52(2).....		77
s./art. 52(3).....		77
R.S.C., 1985, c. A-1	L.R.C. (1985), chap. A-1	
— — —.....		109
Aeronautics Act, R.S.C. 1970, c. A-3	Loi sur l'aéronautique, S.R.C. 1970, chap. A-3	
— — —.....		408
R.S.C., 1985, c. A-2	L.R.C. (1985), chap. A-2	
s./art. 4(a).....		408
s./art. 21(1).....		408
s./art. 21(8).....		408

	PAGE
Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10	
s./art. 36.1	77
s./art. 36.2	77
R.S.C., 1985, c. C-5	L.R.C. (1985), chap. C-5
s./art. 26(1).....	109
s./art. 30(1).....	109
s./art. 30(1)(a)(i)	109
s./art. 30(11).....	109
s./art. 30(12).....	109
 Canada Grain Act, S.C. 1970-71-72, c. 7	
s./art. 2(19).....	25
s./art. 2(38).....	25
s./art. 5(1).....	25
s./art. 6(2).....	25
s./art. 8	25
s./art. 10(c).....	25
s./art. 11	25
s./art. 35(1).....	25
s./art. 35(2).....	25
s./art. 36(1).....	25
s./art. 38(1).....	25
s./art. 38(2).....	25
s./art. 65(2).....	25
s./art. 69(1).....	25
s./art. 77(1)(c).....	25
s./art. 77(2).....	25
s./art. 77(3).....	25
 Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2	
s./art. 22	133
 Canada-United States Free Trade Agreement Imple- mentation Act, S.C. 1988, c. 65	
— — —	487
s./art. 2	182
 Canadian Bill of Rights, R.S.C., 1985, Appendix III	
— — —	195
s./art. 2(e).....	592
 Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)	
— — —	195, 300
s./art. 1	316, 522, 687, 771
s./art. 2(a).....	522
 Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10	
 Loi sur les grains du Canada, S.C. 1970-71-72, chap. 7	
 Code canadien du travail, L.R.C. (1985), chap. L-2	
 Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada—États-Unis, L.C. 1988, chap. 65	
 Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), appendice III	
 Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.)	

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982—Continued	Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982—Suite	
s./art. 7	332, 522, 581, 592, 713, 771	
s./art. 8	771	
s./art. 11(d).....	522, 771	
s./art. 12	771	
s./art. 15	316, 687	
s./art. 15(1).....	771	
s./art. 24	133, 316, 687, 771	
s./art. 28	522	
Canadian Citizenship Act, R.S.C. 1970, c. C-19	Loi sur la citoyenneté canadienne, S.R.C. 1970, chap. C-19	
s./art. 5(1)(b).....		771
Canadian Environmental Protection Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 16	Loi canadienne sur la protection de l'environnement, L.R.C. 1985 (4^e suppl.), chap. 16	
s./art. 95		663
Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33	Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, chap. 33	
— — —		133, 592
R.S.C., 1985, c. H-6	L.R.C. (1985), chap. H-6	
s./art. 3(1).....		472
s./art. 3(2).....		472
s./art. 7		472
Canadian International Trade Tribunal Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47	Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 47	
s./art. 9(3).....		663
Carriage of Goods by Water Act, R.S.C., 1985, c. C-27	Loi sur le transport des marchandises par eau, L.R.C. (1985), chap. C-27	
— — —		245
Citizenship Act, S.C. 1974-75-76, c. 108	Loi sur la citoyenneté, S.C. 1974-75-76, chap. 108	
s./art. 3(1).....		771
s./art. 4(3).....		771
s./art. 5(2)(b).....		771
s./art. 20(2).....		771
R.S.C., 1985, c. C-29	L.R.C. (1985), chap. C-29	
s./art. 3(1).....		771
s./art. 4(3).....		771
s./art. 5(2)(b).....		771
s./art. 22(2)(a).....		771
Competition Tribunal Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19	Loi sur le Tribunal de la concurrence, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), chap. 19	
s./art. 12(3).....		663

	PAGE
Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]	
Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appen- dice II, n° 5]	
s./art. 52	522
s./art. 91(10).....	440, 550
s./art. 91(12).....	440
s./art. 91(24).....	440
s./art. 91(29).....	440
s./art. 92(10).....	440
s./art. 92(13).....	550
s./art. 92(14).....	550
s./art. 92(16).....	550
s./art. 92A	440
s./art. 101	195
Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]	
Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]	
s./art. 35	440
s./art. 52	133, 332, 522
Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42	
Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), chap. C-42	
s./art. 2	3, 487, 797
s./art. 70.63	487
s./art. 70.64	487
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34	
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34	
s./art. 214	771
s./art. 251	522
R.S.C., 1985, c. C-46	
L.R.C. (1985), chap. C-46	
— — —	372
s./art. 174	522
s./art. 175(1)(b).....	522
s./art. 223	522
s./art. 747	142
Crown Liability Act, S.C. 1953, c. 30	
Loi sur la responsabilité de la Couronne, S.C. 1953, chap. 30	
— — —	408
R.S.C. 1970, c. C-38	
L.R.C. (1970), chap. C-38	
— — —	408
Crown Liability Act, R.S.C., 1985, c. C-50	
Loi sur la responsabilité de l'État, L.R.C. (1985), chap. C-50	
s./art. 2	195
s./art. 3(a).....	195, 408
Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40	
Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, chap. C-40	
s./art. 48(1).....	663

Customs Tariff, R.S.C. 1970, c. C-41	Tarif des douanes, S.R.C. 1970, chap. C-41	
Sch./liste A, tarif item/numéro tarifaire 41417-1		663
Sch./liste A, tarif item/numéro tarifaire 44508-1		663
Estate Tax Act, S.C. 1958, c. 29	Loi de l'impôt sur les biens transmis par décès, S.C. 1958, chap. 29	
s./art. 7(1).....		152
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7	Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7	
s./art. 2		550
s./art. 17(1).....		195
s./art. 17(5)(b).....		195
s./art. 18	109, 219, 332, 639, 771,	813
s./art. 22(2)(i).....		550
s./art. 28	133, 403, 472, 487, 581,	592
s./art. 39(2).....		550
s./art. 45(3).....		663
s./art. 52		592
s./art. 52(b)(iii).....		655
Geneva Conventions Act, R.S.C., 1985, c. G-3	Loi sur les conventions de Genève, L.R.C. (1985), chap. G-3	
s./art. 2		592
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2	Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2	
.....		763
s./art. 2		706
s./art. 9(1).....		639
s./art. 9(2).....		613
s./art. 27(2)(b).....		639
s./art. 27(2)(e).....		639
s./art. 27(2)(f).....		771
s./art. 35(1).....		581
s./art. 43		581
s./art. 46	133, 332	
s./art. 46(1).....		592
s./art. 46(2).....		592
s./art. 46.01		592
s./art. 46.02		592
s./art. 63(2).....		663
s./art. 82.1	133, 332	
s./art. 114(2).....		581, 639
Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52	Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, chap. 52	
.....		592
s./art. 1		613
s./art. 27(2)(f).....		771
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63	Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63	
.....		522

Income Tax Act—Continued	Loi de l'impôt sur le revenu—Suite	
s./art. 9		753
s./art. 9(1).....		732
s./art. 12(1)(b).....		732, 753
s./art. 34		753
s./art. 69(1)(b)(ii).....		276
s./art. 70(5).....		152
s./art. 70(6).....		152
s./art. 70(9).....		152
s./art. 73(5).....		276
s./art. 74		276
s./art. 125.1(1).....		655
s./art. 152(4).....		655
s./art. 152(6).....		655
s./art. 152(8).....		655
s./art. 158		713
s./art. 159(2).....		152
s./art. 159(3).....		152
s./art. 165(3).....		311
s./art. 169		311
s./art. 222		713
s./art. 223		713
s./art. 225.1		713
s./art. 225.2		713
s./art. 227.1(1).....		276
s./art. 245(2)(c).....		276
s./art. 248		655
s./art. 248(1).....		732
International River Improvements Act, R.S.C., 1985, c. I-20	Loi sur les ouvrages destinés à l'amélioration des cours d'eau internationaux, L.R.C. (1985), chap. I-20	261
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21 s./art. 33(2).....	Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), chap. I-21	440
James Bay and Northern Quebec Native Claims Settlement Act, S.C. 1976-77, c. 32 s./art. 3(1)..... s./art. 3(2)..... s./art. 3(3).....	Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois, S.C. 1976-77, chap. 32	440 440 440
Miscellaneous Statute Law Amendment Act, 1977, S.C. 1976-77, c. 28 s./art. 43	Loi corrective de 1977, S.C. 1976-77, chap. 28	663
National Energy Board Act, R.S.C., 1985, c. N-7 s./art. 3(1)..... s./art. 4	Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. (1985), chap. N-7	346 346
s./art. 6		346
s./art. 7(2).....		346
s./art. 8(b).....		346
s./art. 11		346

	PAGE
National Energy Board Act—Continued	
<i>s./art. 16(2)</i>	663
<i>s./art. 21</i>	346
Official Languages Act, R.S.C., 1985, c. O-3	Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985), chap. O-3
<i>s./art. 9</i>	501
Old Age Security Act, R.S.C. 1970, c. O-6	Loi sur la sécurité de la vieillesse, S.R.C. 1970, chap. O-6
.....	316
R.S.C., 1985, c. O-9	L.R.C. (1985), chap. O-9
<i>s./art. 2</i>	687
<i>s./art. 19</i>	687
Pest Control Products Act, R.S.C., 1985, c. P-9	Loi sur les produits antiparasitaires, L.R.C. (1985), chap. P-9
<i>s./art. 4</i>	372
<i>s./art. 5</i>	372
Privacy Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Schedule II	Loi sur la protection des renseignements personnels, S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, annexe II
<i>s./art. 3</i>	77
R.S.C., 1985, c. P-21	L.R.C. (1985), chap. P-21
<i>s./art. 12(1)</i>	501
<i>s./art. 13</i>	501
<i>s./art. 19(1)</i>	501
<i>s./art. 21</i>	501
<i>s./art. 22(1)(b)</i>	501
<i>s./art. 22(2)</i>	501
<i>s./art. 23(a)</i>	501
<i>s./art. 26</i>	501
<i>s./art. 35</i>	501
<i>s./art. 41</i>	501
<i>s./art. 42</i>	501
Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33	Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), chap. P-33
<i>s./art. 8</i>	109
<i>s./art. 11</i>	109
<i>s./art. 17</i>	219
<i>s./art. 21</i>	219
<i>s./art. 22</i>	219
<i>s./art. 25</i>	472
<i>s./art. 28</i>	219
Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35	Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), chap. P-35
<i>s./art. 2(g)</i>	472
Public Works Act, R.S.C., 1985, c. P-38	Loi sur les travaux publics, L.R.C. (1985), chap. P-38
.....	195

	PAGE
Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C., 1985, c. R-10	
<i>s./art.</i> 1	195
<i>s./art.</i> 3	195
<i>s./art.</i> 5	195
<i>s./art.</i> 6	195
<i>s./art.</i> 10(1).....	109
<i>s./art.</i> 53	195
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26	
<i>s./art.</i> 29	663
Tariff Board Act, R.S.C., 1985, c. T-1	
<i>s./art.</i> 6	663
Territorial Lands Act, R.S.C. 1970, c. T-6	
<i>s./art.</i> 2	813
<i>s./art.</i> 3(3).....	813
<i>s./art.</i> 19(a).....	813
<i>s./art.</i> 19(d).....	813
Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13	
<i>s./art.</i> 2	797
<i>s./art.</i> 3	797
<i>s./art.</i> 4	797
<i>s./art.</i> 7	182
<i>s./art.</i> 7(b).....	3
<i>s./art.</i> 9(1)(n)(iii).....	797
<i>s./art.</i> 11	797
<i>s./art.</i> 20	797
United Nations Foreign Arbitral Awards Convention Act, S.C. 1986, c. 21	
<i>s./art.</i> 3	550
<i>s./art.</i> 4(2).....	550
<i>s./art.</i> 6	550
Sch./ann., Art. V 1(c).....	550
Sch./ann., Art. V 1(d).....	550
Sch./ann., Art. XI	550
Yukon Placer Mining Act, R.S.C. 1970, c. Y-3	
<i>s./art.</i> 17(1).....	813
<i>s./art.</i> 17(2)(d).....	813
<i>s./art.</i> 93(1).....	813
Yukon Quartz Mining Act, R.S.C. 1970, c. Y-4	
<i>s./art.</i> 12	813

	PAGE
Yukon Quartz Mining Act—Continued	
<i>s./art. 13</i>	813
<i>s./art. 49</i>	813
ALBERTA	
Companies Act, (The) R.S.A. 1970, c. 60, <i>s./art. 16</i>	276
Companies Act, R.S.A. 1980, c. C-20 <i>s./art. 27</i>	276
Devolution of Real Property Act, R.S.A. 1980, c. D-34 <i>s./art. 3</i>	152
<i>s./art. 9</i>	152
<i>s./art. 10(1)</i>	152
Family Relief Act, R.S.A. 1980, c. F-2 <i>s./art. 5(1)</i>	152
<i>s./art. 5(4)</i>	152
<i>s./art. 11(1)</i>	152
<i>s./art. 17(1)</i>	152
<i>s./art. 18(1)</i>	152
Worker's Compensation Act, S.A. 1981, c. W-16 <i>s./art. 18(2)</i>	408
BRITISH COLUMBIA	
Industrial Relations Act, R.S.B.C., 1979, c. 212 <i>s./art. 147</i>	372
Medical Services Act Regulations, B.C. Reg. 144/68 <i>s./art. 2.01</i>	687
Sale of Goods Act, R.S.B.C. 1979, c. 370 <i>s./art. 31</i>	732
<i>s./art. 32</i>	732
MANITOBA	
International Commercial Arbitration Act, The S.M. 1986-87, c. 32, C.C.S.M., C151	550
Loi sur l'extraction du quartz dans le Yukon—Suite	
Companies Act, (The) R.S.A. 1970, chap. 60	276
Companies Act, R.S.A. 1980, chap. C-20	276
Devolution of Real Property Act, R.S.A. 1980, chap. D-34	152
Family Relief Act, R.S.A. 1980, chap. F-2	152
Worker's Compensation Act, S.A. 1981, chap. W-16	408
COLOMBIE-BRITANNIQUE	
Industrial Relations Act, R.S.B.C., 1979, chap. 212	372
Medical Services Act Regulations, B.C. Reg. 144/68	687
Sale of Goods Act, R.S.B.C. 1979, chap. 370	732
Loi sur l'arbitrage commercial international, L.M. 1986-87, chap. 32, CPLM C151	550

ONTARIO

ONTARIO

An Act respecting Champerty,
R.S.O. 1897, c. 327

An Act respecting Champerty,
R.S.O. 1897, chap. 327

— — — 512

Police Act,
R.S.O. 1980, c. 381
s./art. 24

Loi sur la police,
L.R.O. 1980, chap. 381

195

Rules of Civil Procedure,
O. Reg. 560/84
R. 61.05

Règles de procédure civile,
Règl. de l'Ont. 560/84

300

QUEBEC

QUÉBEC

**An Act approving the Agreement concerning James Bay
and Northern Québec,**
S.Q. 1976, c. 46
s./art. 2

**Loi approuvant la Convention de la Baie James et du
Nord québécois,**
L.Q. 1976, chap. 46

440

SASKATCHEWAN

SASKATCHEWAN

Dependants' Relief Act,
R.S.S. 1978, c. D-25
s./art. 14

Dependants' Relief Act,
R.S.S. 1978, chap. D-25

152

AUSTRALIA

AUSTRALIE

Archives Act 1983,
(Cth)
s./art. 33(1)(a).....
s./art. 33(1)(b).....

Archives Act 1983,
(Cth)

77
77

UNITED KINGDOM

ROYAUME-UNI

Crown Proceedings Act 1947,
1947, c. 44 (U.K.)
— — —

Crown Proceedings Act 1947,
1947, chap. 44 (R.-U.)

408

Limitations Act 1980,
1980, c. 58 (U.K.)
s./art. 7

Limitations Act 1980,
1980, chap. 58 (R.-U.)

550

UNITED STATES

ÉTATS-UNIS

Federal Tort Claims Act,
28 U.S.C. §1346 (1982)
— — —

Federal Tort Claims Act,
28 U.S.C. §1346 (1982)

408

National Security Act of 1947, 61 Stat. 498, 50 USC	National Security Act of 1947, 61 Stat. 498, 50 USC	
§ 102(d)(3).....	77
§ 403(d)(3)(1982).....	77
ORDERS AND REGULATIONS	ORDONNANCES ET RÈGLEMENTS	
Canada Grain Regulations, C.R.C., c. 889	Règlement sur les grains du Canada, C.R.C., chap. 889	
s./art. 18(a).....	25
s./art. 18(b).....	25
s./art. 20(c).....	25
s./art. 26(a).....	25
Citizenship Regulations, C.R.C., c. 400	Règlement sur la citoyenneté, C.R.C., chap. 400	
s./art. 20.....	771
Definition of Small Retransmission Systems Regulations, SOR/89-255	Règlement sur la définition de petit système de retransmission, DORS/89-255	
s./art. 3(1).....	487
Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467	Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467	
s./art. 30(1).....	613
s./art. 33(1)(a).....	261
s./art. 34(a).....	261
Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172	Règlement de 1978 sur l'immigration, DORS/78-172	
s./art. 8(1)(a).....	763
s./art. 8(1)(c).....	613
s./art. 8(2).....	613
s./art. 8(4).....	613
s./art. 9(1)(b)(i).....	613
s./art. 11(3).....	613
s./art. 34.....	332
Schedule 1.....	613
International River Improvements Regulations, C.R.C., c. 982	Règlement sur l'amélioration des cours d'eau internationaux, C.R.C., chap. 982	
s./art. 6(g).....	261
s./art. 6(h).....	261
Pest Control Products Regulations, C.R.C., c. 1253	Règlement sur les produits antiparasitaires, C.R.C., chap. 1253	
s./art. 9(2)(a).....	372
s./art. 13(1).....	372

	PAGE
Pest Control Products Regulations—Continued	
<i>s./art. 13(2)</i>	372
<i>s./art. 13(3)</i>	372
<i>s./art. 18(a)</i>	372
<i>s./art. 18(b)</i>	372
<i>s./art. 18(c)</i>	372
<i>s./art. 18(d)</i>	372
<i>s./art. 19</i>	372
Prohibition of Entry on Certain Lands Order, 1986, No. 1, SOR/86-1139	Décret n° 1 de 1986 sur les terres interdites d'accès, DORS/86-1139
<i>s./art. 2</i>	813
Public Service Employment Regulations, C.R.C., c. 1337	Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique, C.R.C., chap. 1337
<i>s./art. 25</i>	219
<i>s./art. 28</i>	219
<i>s./art. 31</i>	219
Schedule A.....	219
Public Works Nuisances Regulations, C.R.C., c. 1365	Règlement concernant les actes nuisibles sur des ouvrages publics, C.R.C., chap. 1365
<i>s./art. 6(2)</i>	195
<i>s./art. 10.1</i>	195
<i>s./art. 11</i>	195
Withdrawal of Certain Lands from Disposal Order, 1986, No. 1, SI/86-220	Décret n° 1 de 1986 sur les terres soustraites à l'aliénation, TR/86-220
<i>s./art. 2</i>	813
RULES	RÈGLES
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663	Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663
— — —.....	261
R. 5.....	571
R. 200(7).....	300
R. 324.....	245, 300, 501
R. 332(1).....	109
R. 337(2).....	142
R. 337(2)(b).....	195
R. 337(7).....	142
R. 419.....	522
R. 419(1)(a).....	195
R. 465.....	316
R. 474.....	550
R. 482.....	245
R. 1101.....	550
R. 1204(c).....	300
Tariff A, s. 10.....	300
Tariff B.....	300

<p>Tax Court of Canada Rules of Practice and Procedure for the Award of Costs (Income Tax Act), SOR/85-119 R. 9 R. 10 R. 12</p>	<p>Règles de pratique et de procédure de la Cour canadienne de l'impôt sur l'adjudication des frais (Loi de l'impôt sur le revenu), DORS/85-119</p>	<p>403 403 403</p>
---	---	----------------------------

TREATIES

TRAITÉS

<p>United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951 [1969] Can. T.S. No. 6 — — —</p>	<p>Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. No. 6</p>	<p>592</p>
--	---	------------

<p>International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading and Protocol of Signature, Brussels, August 25, 1924 ("Hague Rules") Art. 3, s. 2 Art. 3, s. 8 Art. 4, s. 5</p>	<p>Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance et Protocole de signature, Bruxelles, 25 août 1924 («Règles de la La Haye»)</p>	<p>245 245 245</p>
--	---	----------------------------

<p>Protocol to Amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading, Brussels, 25 August 1924, (Brussels, 23 February 1968) ("Visby Rules") — — —</p>	<p>Protocole portant modification de la Convention inter- nationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance signée à Bruxelles, le 25 août 1924, (Bruxelles, 23 février 1968) («Règles de Visby»)</p>	<p>245</p>
---	---	------------

<p>Protocol to Amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading, Brussels, 25 August 1924, as amended on 23 February 1968, (Brussels, 21 December, 1979) — — —</p>	<p>Protocole portant modification de la Convention inter- nationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance du 25 août 1924, telle qu'amendée par le Protocole de modifica- tion du 23 février 1968, (Bruxelles, 21 décembre 1979)</p>	<p>245</p>
--	--	------------

AUTHORS CITED

DOCTRINE

	PAGE
<i>Anger and Honsberger: The Law of Real Property</i> , Vol. 1, 2nd ed., Oosterhoff, A. H. and Rayner, W. B. Aurora (Ont.): Canada Law Book Inc., 1985.....	152
Arnold, Brian J. "Conformity Between Financial Statements and Tax Accounting" (1981), 29 <i>Can Tax J.</i> 476	732
Beaupré, Rémi Michael. <i>Construing Bilingual Legislation in Canada</i> , Toronto: Butterworths, 1981	501
Beaupré, Rémi Michael. <i>Interprétation de la législation bilingue</i> , Montréal: Wilson et Lafleur Ltée, 1986	501
Beaupré, Rémi Michael. <i>Interprétation de la législation bilingue</i> , Montréal: Wilson & Lafleur, 1986.....	663
Beaupré, Rémi, Michael. <i>Interpreting Bilingual Legislation</i> , 2nd ed., Toronto: Carswell, 1986	663
<i>Black's Law Dictionary</i> , 5th ed., St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979, "vested interest", "defeasible", "defeasible title", "indefeasible", "transfer"	152
<i>Black's Law Dictionary</i> , 4th ed., St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1968 "champerty"	512
Bowman, M. J. and Bailey, S. H. "Negligence in the Realms of Public Law — A Positive Obligation to rescue?", [1984] <i>Public Law</i> 277	408
Bowman, M. J. and Bailey, S. H. "The Policy/Operational Dichotomy — A Cuckoo in the Nest", [1986] <i>C.L.J.</i> 430	408
Bray, E. <i>The Principles and Practice of Discovery</i> , London: Reeves & Turner, 1885.....	571
Canada, Chambre des communes, Comité permanent de la santé, du bien-être social et des affaires sociales, <i>Procès-verbaux et témoignages</i> , fascicule n° 25 (le 12 juin 1975), à la page 25:7	687
Canada, Commission de l'immigration et du statut de réfugié — <i>Système de reconnaissance du statut de réfugié</i>	592
Canada, Commission de réforme du droit du Canada. <i>Le statut juridique de l'administration fédérale</i> (Document de travail n° 40), Ottawa: Commission de réforme du droit du Canada, 1985	408
Canada, <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 1, 1 ^{re} session, 31 ^e lég., 29 Eliz. II, 1979, à la page 476	687
Canada, House of Commons, Standing Committee on Health, Welfare and Social Affairs, <i>Transcript of Proceedings and Evidence</i> , Issue no. 25 (June 12, 1975), at page 25:7.....	687
Canada, <i>House of Commons Debates</i> , vol. 1, 1st. Sess., 31st Parl., 29 Eliz. II, 1979, at page 476.....	687
Canada, Immigration and Refugee Board, <i>Refugee Determination — What it is and How it Works</i>	592
Canada, Law Reform Commission of Canada, <i>The Legal Status of the Federal Administration</i> (Working Paper no. 40) Ottawa: Law Reform Commission of Canada, 1985.....	408
Canada, <i>Rapport de la Commission d'enquête sur la sécurité aérienne</i> , Ottawa, Approvisionnement et Services, 1981 (Commissaire: Charles L. Dubin).....	408

Canada, <i>Report of the Commission of Inquiry on Aviation Safety</i> , Ottawa: Supply & Services, 1981 (Commissioner: Charles L. Dubin).....	408
<i>Carver's Carriage by Sea</i> , Vol. 2, 13th ed., London: Stevens & Sons, 1982.....	245
Castel, J.-G., <i>Canadian Conflict of Laws</i> , 2nd ed., Toronto: Butterworths, 1986.....	245
Commission de réforme du droit de l'Ontario <i>Report on the Liability of the Crown</i> , Toronto: ministère du Procureur général, 1989.....	408
Cooke, Robin "An Impossible Distinction" (1991), 107 <i>L.Q. Rev.</i> 46.....	25
de Smith, S.A. <i>Judicial Review of Administrative Action</i> , 4th ed. by J.M. Evans, London: Stevens & Sons Ltd., 1980.....	440
<i>Dicey and Morris on the Conflict of Laws</i> , Vol. 2, 10th ed., London: Stevens & Sons Ltd., 1980.....	245
Driedger, Elmer A. "Statutes: Retroactive Retrospective Reflections" (1978), 56 <i>Can. Bar Rev.</i> 264.....	771
Dussault, René et Borgeat, Louis. <i>Traité de droit administratif</i> , t. 3, 2 ^e éd., Québec: Presses de l'Université Laval, 1989.....	663
Dussault, René et Borgeat, Louis. <i>Traité de droit administratif</i> , vol. 3, 2 ^e éd., Québec: Presses de l'Université Laval, 1989.....	408
Dussault, R. and Borgeat, L. <i>Administrative Law: A Treatise</i> , vol. 4, 2nd ed., Toronto: Carswell, 1990....	663
Dussault, René and Borgeat, Louis. <i>Administrative Law: A Treatise</i> , vol. 5, 2nd ed., Toronto: Carswell, 1990	408
Eagles, Ian. "Disclosure of Material Obtained on Discovery" (1984), 47 <i>Mod. L. Rev.</i> 284.....	571
Ewart, J. Douglas. <i>Documentary Evidence in Canada</i> , Toronto: Carswell Legal Publications, 1984.....	109
Feeney, Thomas G. <i>The Canadian Law of Wills</i> , Vol. 2, Toronto: Butterworths, 1987.....	152
Feldthusen, Bruce. <i>Economic Negligence</i> , 2nd ed., Toronto: Carswell, 1989.....	408
Fleming, J. G. "Probabilistic Causation in Tort Law" (1989), 68 <i>Can. Bar Rev.</i> 661.....	408
Fleming, John G. "Requiem for Anns" (1990), 106 <i>L.Q. Rev.</i> 525.....	25
Fleming, J. G. <i>The Law of Torts</i> , 7th ed., Sydney: Law Book Co. Ltd., 1987.....	408
Fox, Harold G. <i>The Canadian Law of Copyright and Industrial Designs</i> , 2nd ed., Toronto: Carswell Co. Ltd., 1967.....	487
Goldsmith, Immanuel and Heintzman, Thomas G. <i>Goldsmith on Canadian Building Contracts</i> , 4th ed., Toronto: Carswell, 1988.....	512
<i>Grand Larousse de la langue française</i> , tome 1, Paris: Librairie Larousse, 1971. "appareil".....	663
<i>Grand Larousse de la langue française</i> , tome 7, Paris: Librairie Larousse, 1978 "système".....	663
<i>Guide d'homologation</i> , 5 janvier 1984.....	372
Hare, T. <i>A Treatise on the Discovery of Evidence</i> , 2nd ed., London: Stevens & Sons, 1877.....	571
Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, <i>Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés</i> , Genève, 1979.....	706
Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, <i>Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés</i> , Genève, septembre 1979.....	592
Hogg, Peter W. <i>Liability of the Crown</i> , 2nd ed., Toronto: Carswell Co. Ltd., 1989.....	408
Hogg, Peter W. <i>The Liability of the Crown</i> , 2nd ed., Toronto: Carswell Co. Ltd., 1989.....	195
<i>Jowitt's Dictionary of English Law</i> , Vol. 1, 2nd ed., London: Sweet & Maxwell Ltd., 1977, "indefeasible"	152
Lanham, David "The Quorum in Public Law" [1984] <i>P.L.</i> 461.....	663

Lederman, S.N. "The Admissibility of Business Records: A Partial Metamorphosis" (1973), 11 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 373.....	109
<i>Les pesticides en perspective</i> , 5206/E, Agriculture Canada, 1985	372
Love, P. H. "Constructing a Public Right of Access to Pretrial Proceedings: How Sound is the Structure?" (1988), 66 <i>Wash. U.L.Q.</i> 745.....	571
Makuch, Stanley M. <i>Canadian Municipal and Planning Law</i> , Toronto: Carswell Co. Ltd., 1983	408
Meagher, Arthur I. and Meagher, Ronald A. <i>Parties to an Action</i> , Toronto: Butterworths, 1988	501
Megarry, Robert and Wade, H.W.R. <i>The Law of Real Property</i> , 5th ed., London: Stevens & Sons Ltd., 1984	152
Mustill, Michael J. and Boyd, Stewart C. <i>The Law and Practice of Commercial Arbitration in England</i> , London: Butterworths, 1982.....	550
<i>Negligence after Murphy v. Brentwood DC</i> , Legal Research Foundation, University of Auckland (March 7, 1991).....	25
Nimmer, Melville and Nimmer, David, <i>Nimmer on Copyright</i> , vol. 1, New York: Matthew Bender & Co. Inc., 1990.....	487
Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. <i>Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees</i> , Geneva, 1979	706
Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. <i>Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees</i> , Geneva, September 1979.....	592
Ontario Law Reform Commission. <i>Report on the Liability of the Crown</i> , Toronto: Ministry of the Attorney General, 1989	408
<i>Osborn's Concise Law Dictionary</i> , 6th ed., by John Burke, London: Sweet & Maxwell, 1976, "defeasible", "distribution"	152
Paciocco, David M. <i>Charter Principles and Proof in Criminal Cases</i> , Toronto: Carswell, 1987	592
Perluss, Deborah and Hartman, Joan F. "Temporary Refuge: Emergence of a Customary Norm" (1986), 26 <i>Virg. JI. Int'l Law</i> 551	592
<i>Pesticides in Perspective</i> , 5206/E, Agriculture Canada, 1985	372
<i>Registration Guidelines</i> , January 5, 1984	372
Robert, Paul. <i>Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française (Le Grand Robert)</i> , tome I, 2nd ed., Paris: Société du nouveau Littré, 1986. "appareil"	663
Robert, Paul. <i>Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française (Le Grand Robert)</i> , tome 5, Paris: Société du nouveau Littré, 1972. "prononcé".....	663
Robert, Paul. <i>Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française (Le Grand Robert)</i> , tome IX, 2nd ed., Paris: Société du nouveau Littré, 1986. "système"	663
<i>Salmond on the Law of Torts</i> , 17th ed. by R. S. V. Heuston, London: Sweet & Maxwell, 1977.....	3
<i>Scrutton on Charterparties and Bills of Lading</i> , 19th ed. by Mocatta et al., London: Sweet & Maxwell, 1984	245
Seton, Sir H. W. <i>Forms of Judgments and Orders in the High Court of Justice and Court of Appeal</i> , 7th ed. by A. R. Ingpen, F. T. Bloxman and H. G. Garrett, London: Stevens & Sons, 1912.....	571
<i>Shorter Oxford English Dictionary</i> , vol. I, 3rd ed., Oxford: Clarendon Press, 1969, "indefeasible", "transfer", "distributed"	152
<i>Symposium on Recent Developments on Liability For Economic Negligence</i> , sponsored by Canadian Business Law Journal and Faculty of Law, University of Toronto (April 19, 1991).....	25
Tetley, William. <i>Marine Cargo Claims</i> , 3rd ed., Toronto: Butterworths, 1988.....	245

University of Alberta. Institute of Law Research and Reform. <i>Proposals for a New Alberta Business Corporations Act</i> , Volume 1, Report No. 36, Edmonton, Alberta, August 1980	276
Waddams, S.M. <i>The Law of Contracts</i> , 2nd ed., Toronto: Canada Law Book Ltd., 1984.....	512
Wade, H. W. R. <i>Administrative Law</i> , 5th ed., Oxford: Clarendon Press, 1982	109
Walton, Anthony and Victoria, Mary. <i>Russell on the Law of Arbitration</i> , 20th ed., London: Stevens & Sons, 1982	550
Welling, Bruce. <i>Corporate Law in Canada: The Governing Principles</i> , Toronto: Butterworths, 1984	276
Williston, W. B. and R. J. Rolls. <i>The Law of Civil Procedure</i> , Vol. 2, Toronto: Butterworths, 1970	571

T-442-91

CCH Canadian Limited (Plaintiff)

v.

Butterworths Canada Ltd. and Les Publications Dacfo Inc. (Defendants)*INDEXED AS: CCH CANADIAN LTD. v. BUTTERWORTHS CANADA LTD. (T.D.)*

Trial Division, Cullen J.—Ottawa, May 9 and July 11, 1991.

Injunctions — Application for interlocutory injunction restraining defendants from using or advertising titles in association with tax-related publications — Contract granting plaintiff exclusive right to publish tax service but second defendant retaining copyright in material published — Plaintiff terminating agreement and taking action against first defendant to prevent publishing service under disputed titles — Serious issue to be tried — Trade marks presumed valid in interlocutory proceedings — Copyright protection extending to title — No irreparable harm to plaintiff if injunction refused — Balance of convenience in favour of defendants — No fiduciary relationship although second defendant's president formerly plaintiff's lawyer.

Trade marks — Passing off — Application for interlocutory injunction restraining publication of income tax service — Contract between parties silent as to ownership of trade marks in titles — Validity of trade marks irrelevant in interlocutory proceedings — Plaintiff not making out strong case of invalidity — Passing off action by plaintiff based on Trade marks Act, s. 7(b) — Case law reviewed — Proof of elements of passing off matter for trial judge — Concept of secondary meaning analysed — First defendant not taking calculated risk in publishing service abandoned by plaintiff.

Copyright — Injunctions — Ownership of copyright in tax service extending to titles — Registration of copyright no basis to restrain use of title as trade mark — Defendant's copyright no bar to passing off action by plaintiff.

This was an application for an interlocutory injunction restraining the defendants from using or advertising titles associated with tax publications. The plaintiff, CCH Canadian Limited (CCH), is a law publisher which, from February 1988 to December 1990, published a monthly loose-leaf service called

T-442-91

CCH Canadian Limited (demanderesse)

c.

Butterworths Canada Ltd. et Les Publications Dacfo Inc. (défenderesses)*RÉPERTORIÉ: CCH CANADIAN LTD. c. BUTTERWORTHS CANADA LTD. (1^{re} INST.)*

Section de première instance, juge Cullen—Ottawa, 9 mai et 11 juillet 1991.

Injonctions — Requête en injonction interlocutoire pour interdire aux défenderesses d'utiliser ou d'annoncer des titres à propos de publications sur l'impôt sur le revenu — Contrat accordant à la demanderesse le droit exclusif de publier le service de documentation fiscale mais réservant à la seconde défenderesse le droit d'auteur sur les données publiées — La demanderesse a mis fin au contrat puis s'est pourvue en justice contre la première défenderesse pour l'empêcher de publier le service sous les titres en cause — Question importante à trancher — Marques de commerce présumées valides dans les instances interlocutoires — La protection du droit d'auteur s'étend aux titres — La demanderesse ne subirait aucun préjudice irréparable si l'injonction est refusée — La balance des préjudices de part et d'autre penche du côté des défenderesses — Absence de rapports de confiance bien que le président de la seconde défenderesse fût le conseil de la demanderesse.

Marques de commerce — Passing off — Requête en injonction interlocutoire pour interdire la publication d'un service de documentation sur l'impôt sur le revenu — Contrat entre les parties muet au sujet de la propriété des marques de commerce constituant les titres — La validité des marques de commerce n'est pas un facteur à considérer dans les instances interlocutoires — La demanderesse n'a pas fait valoir un argument concluant d'invalidité — L'action en passing off de la demanderesse est fondée sur l'art. 7(b) de la Loi sur les marques de commerce — Jurisprudence invoquée — Il appartient au juge saisi de l'action de se prononcer sur la preuve des éléments constitutifs du passing off — Concept de signification secondaire analysé — La première défenderesse n'a pas pris un risque calculé puisque la demanderesse avait abandonné la publication du service.

Droit d'auteur — Injonctions — Le droit d'auteur sur le service de documentation fiscale s'étend aux titres — L'enregistrement du droit d'auteur ne peut servir à interdire l'utilisation du titre comme marque de commerce — Le droit d'auteur détenu par la défenderesse ne constitue pas une exception à l'action en passing off de la demanderesse.

Requête en injonction interlocutoire pour interdire aux défenderesses d'utiliser ou d'annoncer certains titres à propos de leurs publications sur l'impôt sur le revenu. La demanderesse CCH Canadian Limited (CCH) est une maison d'édition d'ouvrages de droit qui, de février 1988 à décembre 1990,

ACCESS TO CANADIAN INCOME TAX and a companion newsletter entitled THE ACCESS LETTER, both providing information on Revenue Canada's latest interpretations and applications of tax legislation. These works were published pursuant to a contract entered into in February 1988 by CCH and the defendant, Les Publications Dacfo Inc. (Dacfo) and the latter's president, whereby CCH was granted the exclusive right to publish the ACCESS service and Dacfo would retain ownership of the copyright in all material published. The contract failed to deal with ownership of any trade marks which could exist in the service's titles. In the fall of 1989, when both publications were first distributed, Dacfo decided to prepare a GST service in French; CCH declined its offer to publish this service since it had plans of its own. Alleging a conflict of interest and in view of Dacfo's refusal to abandon its project, CCH decided to terminate its agreement with Dacfo for the publication of the ACCESS services and notified its subscribers accordingly. In January 1991, Dacfo approached Butterworths to find out whether it would be interested in publishing the ACCESS services. In February 1991 when Butterworths announced its intention to take over the service, CCH commenced this action and decided to launch new publications "WINDOW ON CANADIAN TAX" and "THE TAX WINDOW" as "successors" to the ACCESS publications.

The issues were: whether the plaintiff had established that there was a serious issue to be tried; whether it will suffer irreparable harm if the injunction is not granted and whether the balance of convenience is in its favour.

Held: the application should be dismissed.

In order to establish a serious issue to be tried, the plaintiff must prove that the disputed titles have acquired a secondary meaning which would indicate in the mind of the public a connection between the ACCESS services and itself as a publisher. In other words, CCH must be able to demonstrate that the ACCESS titles are already recognized by the relevant sector of the public as denoting its publication. CCH argued that the registrations of the ACCESS trade marks by Dacfo are invalid but even if this was true, the case law has generally stated that the validity of trade marks should not be addressed in interlocutory proceedings and that they should be presumed to be valid. Therefore, for the purposes of this application, Dacfo's trade marks should be considered valid.

Plaintiff's passing off action is founded on paragraph 7(b) of the *Trade-marks Act* and to succeed, CCH must prove that the titles have become identified in the market with its books. The plaintiff will have difficulty at trial in succeeding in a passing off action as it had clearly abandoned any thoughts of continuing to publish the ACCESS titles and in view of the implied understanding between the parties that the defendants would own the trade marks in the titles. However, since it is possible that a title can have a secondary meaning associated with a

publia un service mensuel de documentation sur feuillets mobiles appelé ACCESS TO CANADIAN INCOME TAX ainsi qu'un bulletin parallèle intitulé THE ACCESS LETTER, lesquels donnaient des informations sur les dernières interprétations et applications de la législation fiscale par Revenu Canada. Ces documents étaient publiés en vertu d'un contrat conclu en février 1988 par CCH et la défenderesse Les Publications Dacfo Inc. (Dacfo) et le président de cette dernière, contrat par lequel CCH s'est vu accorder le droit exclusif de publier le service ACCESS et Dacfo conservait le droit d'auteur sur les données publiées. Le contrat est muet sur la propriété des marques de commerce que pourraient représenter les titres donnés au service. À l'automne 1989, au moment où les deux publications furent distribuées pour la première fois, Dacfo décida de produire un service de documentation en français sur la TPS; CCH refusa l'offre de publication parce qu'elle avait ses propres plans en la matière. Arguant du conflit d'intérêts chez Dacfo et du refus de celle-ci de renoncer à son projet, CCH a décidé de mettre fin au contrat, conclu avec Dacfo, de publication des services ACCESS, et elle en a informé les abonnés en conséquence. En janvier 1991, Dacfo se mit en rapport avec Butterworths pour voir si la publication des services ACCESS l'intéressait. En février 1991, Butterworths ayant annoncé son intention de publier ces services, CCH a intenté cette action et décidé de lancer les nouvelles publications «WINDOW ON CANADIAN TAX» et «THE TAX WINDOW» à titre de «successeurs» des publications ACCESS.

Il échet d'examiner si la demanderesse a prouvé qu'il y a une question importante à trancher, qu'elle subira un préjudice irréparable si l'injonction est refusée, et que la balance des préjudices réciproques penche de son côté.

Jugement: la demande devrait être rejetée.

Afin de faire valoir qu'il y a une question importante à trancher, la demanderesse doit prouver que les titres en cause ont acquis une signification secondaire, c'est-à-dire qu'ils évoquent dans l'esprit du public un lien entre les publications ACCESS et elle-même en tant qu'éditeur. Autrement dit, elle doit être en mesure de prouver que ces titres évoquent, dans l'esprit du public qui s'y intéresse, une publication qui lui est propre. CCH soutient que l'enregistrement des marques de commerce ACCESS par Dacfo est invalide mais, quand bien même ce serait le cas, la jurisprudence prédominante en la matière a posé pour règle qu'on ne saurait mettre en cause la validité des marques de commerce dans les instances interlocutoires, où elle doit être présumée. Il s'ensuit que dans le cadre de cette requête, les marques de commerce de Dacfo doivent être considérées comme valides.

L'action en *passing off* de la demanderesse est fondée sur l'alinéa 7b) de la *Loi sur les marques de commerce* et, pour avoir gain de cause, CCH doit prouver que les titres dont il s'agit ont été associés sur le marché avec ses propres publications. La demanderesse aura du mal à faire valoir une action en *passing off* au procès, comme elle avait abandonné toute idée de continuer à publier sous les titres ACCESS et étant donné la convention implicite entre les parties, en vertu de laquelle les défenderesses étaient propriétaires des marques de commerce

publisher and that there is a residual goodwill in the trade marks sufficient to support an action for passing off, the plaintiff has satisfied the burden upon it of demonstrating a serious issue to be tried. As to the issue of copyright, the defendants were correct in submitting that the copyright protection extends to the title. However, the defendant's copyright is not a bar to an action for passing off.

With regard to the issues of irreparable harm and balance of convenience, the factors which should be taken into account have been summarized by Stone J. in *Turbo Resources Ltd. v. Petro Canada Inc.*; on the basis of this analysis, the plaintiff has not established harm for which damages would not be an appropriate remedy. Evidence as to irreparable harm must be clear, not speculative. The balance of convenience lies in favour of the defendants since they have invested considerable sums in the production and promotion of the ACCESS services while CCH decided to cease publication of those services. The *status quo* should be maintained pending trial because to grant the injunction would in effect dispose of the action. The CCH submission that Butterworths took a calculated risk in publishing the ACCESS services incorrectly characterized the defendant's actions. Nor could the Court accept the argument that this transaction was removed from an ordinary commercial one to a fiduciary relationship by the fact that the president of the defendant, Dacfo, had formerly provided CCH with legal advice as a member of the Martineau Walker law firm. It had not been shown that he had acquired any special knowledge or advantages from the solicitor-client relationship.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, s. 2.
Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 7(b).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Turbo Resources Ltd. v. Petro Canada Inc., [1989] 2 F.C. 451; (1989), 22 C.I.P.R. 172; 24 C.P.R. (3d) 1; 91 N.R. 341 (C.A.); *Mathieson v. Sir Isaac Pitman & Sons Ltd.* (1930), 47 R.P.C. 541 (Ch. D.); *Syntex Inc. v. Apotex Inc.* (1989), 27 C.I.P.R. 123; 28 C.P.R. (3d) 40; 32 F.T.R. 39 (F.C.T.D.); *Maple Leaf Mills Ltd. v. Quaker Oat Co. of Can.* (1984), 2 C.I.P.R. 33; 82 C.P.R. (2d) 118 (F.C.T.D.); *Asbjorn Horgard A/S v. Gibbs/Nortac Industries Ltd.*, [1987] 3 F.C. 544; (1987), 38 D.L.R. (4th) 544; 17 C.I.P.R. 263; 14 C.P.R. (3d) 314; 12 F.T.R. 317; 80 N.R. 9 (C.A.); *Consumers Distributing Company Ltd. v. Seiko Time Canada Ltd. et al.*, [1984] 1 S.C.R. 583; (1984), 10 D.L.R. (4th) 161; 29 C.C.L.T. 296; 3 C.I.P.R. 223; 1

constituant les titres en cause. Cependant, étant donné qu'un titre peut avoir une signification secondaire qui l'associe à un éditeur et qu'il pourrait y avoir un droit résiduel suffisant sur le bon renom des marques de commerce pour soutenir une action en *passing off*, la demanderesse a fait la preuve, qui lui incombe, qu'il y a une question importante à trancher. Quant à la question du droit d'auteur, les défenderesses soutiennent à bon droit que la protection du droit d'auteur s'étend au titre. Cependant, le fait que les défenderesses détiennent le droit d'auteur ne constitue pas une exception à l'action en *passing off*.

Quant à la question du préjudice irréparable et de la balance des préjudices réciproques, les facteurs qui doivent entrer en ligne de compte ont été résumés par le juge Stone dans *Turbo Resources Ltd. c. Petro Canada Inc.*; à la lumière de cette analyse, la demanderesse n'a pas fait la preuve d'un préjudice auquel des dommages-intérêts ne sauraient remédier. La preuve du préjudice irréparable doit être concluante et non pas conjecturale. La balance des préjudices de part et d'autre penche en faveur des défenderesses, car elles ont investi des sommes considérables dans la production et la promotion des services ACCESS alors que CCH a décidé d'en cesser la publication. Il faut maintenir le statu quo en attendant le procès, car accorder une injonction en cet état de la cause reviendrait en fait à trancher l'action principale. L'argument de CCH selon lequel Butterworths a pris un risque calculé en publiant les services ACCESS représente une caractérisation incorrecte des actions de cette défenderesse. La Cour ne saurait non plus faire droit à l'argument selon lequel le fait que le président de la défenderesse Dacfo avait été par le passé le conseil de CCH à titre de membre de l'étude Martineau Walker fait que cette transaction, de relations d'affaires ordinaires, est devenue rapports de confiance. Il n'a pas été prouvé qu'il a acquis des informations spéciales ou un avantage de ses rapports avec sa cliente.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), chap. C-42, art. 2.
Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), chap. T-13, art. 7b).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Turbo Resources Ltd. c. Petro Canada Inc., [1989] 2 C.F. 451; (1989), 22 C.I.P.R. 172; 24 C.P.R. (3d) 1; 91 N.R. 341 (C.A.); *Mathieson v. Sir Isaac Pitman & Sons Ltd.* (1930), 47 R.P.C. 541 (Ch. D.); *Syntex Inc. c. Apotex Inc.* (1989), 27 C.I.P.R. 123; 28 C.P.R. (3d) 40; 32 F.T.R. 39 (C.F. 1^{re} inst.); *Maple Leaf Mills Ltd. c. Quaker Oat Co. of Can.* (1984), 2 C.I.P.R. 33; 82 C.P.R. (2d) 118 (C.F. 1^{re} inst.); *Asbjorn Horgard A/S c. Gibbs/Nortac Industries Ltd.*, [1987] 3 C.F. 544; (1987), 38 D.L.R. (4th) 544; 17 C.I.P.R. 263; 14 C.P.R. (3d) 314; 12 F.T.R. 317; 80 N.R. 9 (C.A.); *Consumers Distributing Company Ltd. c. Seiko Time Canada Ltd. et autres*, [1984] 1 R.C.S. 583; (1984), 10 D.L.R. (4th) 161; 29 C.C.L.T. 296; 3 C.I.P.R. 223; 1

C.P.R. (3d) 1; 54 N.R. 161; *Norman Kark Publications Ltd. v. Odhams Press Ltd.*, [1962] R.P.C. 163 (Ch. D.); *British Columbia v. Mihaljevic* (1989), 26 C.P.R. (3d) 184 (B.C.S.C.); *Korz v. St. Pierre et al.* (1987), 61 O.R. (2d) 609; 43 D.L.R. (4th) 528; 23 O.A.C. 226 (C.A.); *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; (1989), 69 O.R. (2d) 287; 61 D.L.R. (4th) 14; 26 C.P.R. (3d) 97.

REFERRED TO:

Pizza Pizza Ltd. v. Little Caesar International Inc., [1990] 1 F.C. 659; (1989), 27 C.I.P.R. 126; 27 C.P.R. (3d) 525; 32 F.T.R. 43 (T.D.); *Waxoyl AG v. Waxoyl Canada Ltd.* (1982), 38 O.R. (2d) 672; 66 C.P.R. (2d) 170 (H.Ct.); *Joseph E. Seagram & Sons Ltd. v. Andres Wines Ltd.* (1987), 16 C.I.P.R. 131; 16 C.P.R. (3d) 481; (1987), 11 F.T.R. 139 (F.C.T.D.); *Syntex Inc. v. Novopharm Ltd.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 129 (F.C.A.).

AUTHORS CITED

Salmond on the Law of Torts, 17th ed. by R. S. V. Heuston, London: Sweet & Maxwell, 1977.

COUNSEL:

John R. Morrissey and *Alistair G. Simpson* for plaintiff.
Daniel V. MacDonald for defendant Butterworths.
Arthur A. Garvis and *Richard Uditsky* for defendant Les Publications Dacfo Inc.

SOLICITORS:

Smart & Biggar, Toronto, for plaintiff.
McMillan Binch, Toronto, for defendant Butterworths.
Mendelsohn, Rosentzveig, Schacter for defendant Les Publications Dacfo Inc.

The following are the reasons for order rendered in English by

CULLEN J.: This is an application by the plaintiff for an interlocutory injunction restraining the defendants from using or advertising the titles ACCESS TO CANADIAN INCOME TAX and THE ACCESS LETTER in association with their tax-related publications.

My first words are those of apology to counsel for both sides in that this decision on the motion has taken two months, well in excess of the time I usually require. I can only plead an exceptional assignment schedule in the latter part of May and all of June and

C.P.R. (3d) 1; 54 N.R. 161; *Norman Kark Publications Ltd. v. Odhams Press Ltd.*, [1962] R.P.C. 163 (Ch. D.); *British Columbia v. Mihaljevic* (1989), 26 C.P.R. (3d) 184 (C.S.C.-B); *Korz v. St. Pierre et al.* (1987), 61 O.R. (2d) 609; 43 D.L.R. (4th) 528; 23 O.A.C. 226 (C.A.); *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; (1989), 69 O.R. (2d) 287; 61 D.L.R. (4th) 14; 26 C.P.R. (3d) 97.

DÉCISIONS CITÉES:

Pizza Pizza Ltd. c. Little Caesar International Inc., [1990] 1 C.F. 659; (1989), 27 C.I.P.R. 126; 27 C.P.R. (3d) 525; 32 F.T.R. 43 (1^{re} inst.); *Waxoyl AG v. Waxoyl Canada Ltd.* (1982), 38 O.R. (2d) 672; 66 C.P.R. (2d) 170 (H.Ct.); *Joseph E. Seagram & Sons Ltd. c. Andres Wines Ltd.* (1987), 16 C.I.P.R. 131; 16 C.P.R. (3d) 481; (1987), 11 F.T.R. 139 (C.F. 1^{re} inst.); *Syntex Inc. c. Novopharm Ltd.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 129 (C.A.F.).

DOCTRINE

Salmond on the Law of Torts, 17th ed. by R. S. V. Heuston, London: Sweet & Maxwell, 1977.

AVOCATS:

John R. Morrissey et *Alistair G. Simpson* pour la demanderesse.
Daniel V. MacDonald pour la défenderesse Butterworths.
Arthur A. Garvis et *Richard Uditsky* pour la défenderesse Les Publications Dacfo Inc.

PROCUREURS:

Smart & Biggar, Toronto, pour la demanderesse.
McMillan Binch, Toronto, pour la défenderesse Butterworths.
Mendelsohn, Rosentzveig, Schacter pour la défenderesse les Publications Dacfo Inc.

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

LE JUGE CULLEN: Il y a en l'espèce requête de la demanderesse en injonction interlocutoire pour interdire aux défenderesses d'utiliser ou d'annoncer les titres ACCESS TO CANADIAN INCOME TAX et THE ACCESS LETTER à propos de leurs publications sur l'impôt sur le revenu.

Je dois tout d'abord m'excuser auprès des avocats des deux côtés pour avoir mis deux mois à me prononcer sur cette requête, c'est-à-dire bien plus longtemps qu'il ne me faut d'habitude. Je ne peux qu'invoquer une charge de travail exceptionnelle à la

the fact that this case in my view was most complex requiring a good deal of reading.

FACTS

The plaintiff CCH Canadian Limited ("CCH") and the defendant Butterworths of Canada Limited ("Butterworths") both carry on business in Canada as publishers of various legal and business texts. From February 1988 to December 1990, CCH published a monthly loose-leaf service providing information to tax professionals on Revenue Canada's latest interpretations and applications of tax legislation. These materials were published under the title ACCESS TO CANADIAN INCOME TAX. CCH also published a companion monthly newsletter entitled THE ACCESS LETTER.

Both ACCESS publications are based upon a database started in 1985 by Claude Désy, a lawyer and president of the defendant Les Publications Dacfo Inc. ("Dacfo"), that stored information obtained from Revenue Canada through access to information legislation. Désy filed approximately two hundred requests for information with Revenue Canada, and determined that the information he gleaned in this manner would be of interest to other tax practitioners. In 1987, Dacfo, through Désy and its parent company Gestion Dacfo Inc. ("Gestion") started negotiations with CCH, through its president Ken Lata, to publish the information along with commentaries as a service for tax practitioners. A contract was signed on February 16, 1988 between CCH, Dacfo and Désy whereby CCH was granted the right to publish the service by Dacfo and Désy. The contract provided, *inter alia*, that CCH would provide Dacfo with the facilities to produce the materials for the ACCESS publications, and set out the terms of payment to Dacfo for the service. The contract also provided that Dacfo would retain the copyright to the material in the service. The relevant terms of the contract are as follows (in the following extract from the contract, Dacfo is referred to as the "Owner", Désy the "Specialist", and CCH the "Publisher"):

fin de mai et pendant tout le mois de juin, ainsi que le fait que cette affaire est, à mon avis, l'une des plus compliquées et m'a obligé à consulter un grand nombre de magistères en la matière.

a

LES FAITS DE LA CAUSE

La demanderesse CCH Canadian Limited («CCH») et la défenderesse Butterworths of Canada Limited («Butterworths») sont l'une et l'autre éditeurs au Canada d'ouvrages portant sur divers domaines du droit et des affaires. De février 1988 à décembre 1990, CCH publia un service mensuel de documentation sur feuillets mobiles, qui tenait les fiscalistes au courant des dernières interprétations et applications de la législation fiscale par Revenu Canada. Ce document était publié sous le titre ACCESS TO CANADIAN INCOME TAX. CCH publiait aussi un bulletin mensuel parallèle, intitulé THE ACCESS LETTER.

b

c

d

Ces deux publications ACCESS reposaient sur une base de données créée en 1985 par Claude Désy, avocat de son état et président de la défenderesse Les Publications Dacfo Inc. («Dacfo»), laquelle base de données emmagasinait les informations obtenues de Revenu Canada en vertu de la loi sur l'accès à l'information. Désy avait fait quelque deux cents demandes de renseignements à Revenu Canada et constaté que les informations qu'il recueillait de cette façon seraient d'un grand intérêt pour les fiscalistes. En 1987, Dacfo, par l'intermédiaire de Désy et de sa compagnie mère Gestion Dacfo Inc. («Gestion»), engagea des négociations avec CCH, par l'intermédiaire du président de cette dernière, Ken Lata, pour publier ces informations accompagnées de commentaires, à l'intention des fiscalistes. Un contrat fut signé le 16 février 1988 entre CCH, Dacfo et Désy, par lequel ces deux derniers accordèrent à CCH le droit de publier ce service. Le contrat prévoyait, entre autres, que CCH mettrait à la disposition de Dacfo les installations nécessaires à la production des données destinées aux publications ACCESS; il prévoyait aussi le paiement du prix du service à Dacfo. Selon ce contrat, Dacfo conservait le droit d'auteur sur les données incluses dans le service. Voici les stipulations du contrat qui nous intéressent en l'espèce (dans ce contrat, Dacfo est appelée «la propriétaire», Désy, «le spécialiste» et CCH, «l'éditeur»):

f

g

h

i

j

Clause 2.1 The Title of the Service shall be "Access to Revenue Canada Income Tax" or other such title as the parties may agree.

Clause 2.13 The Specialist's name shall be printed on the spine of each binder of the Service and shall appear in all advertising material for the Service. The name of the Specialist will be mentioned, as Editor-in-Chief of the Service in all advertising and on the monthly update sheets.

Clause 5.1 Ownership of the copyright in all material in the Owner's database (hereinafter called "database") in all software developed by or for the Owner, and in all material provided by the Owner for inclusion in the services shall be retained by the Owner.

Clause 5.2 The Owner hereby grants to the Publisher the exclusive right and license to publish and use the material supplied to the Publisher for inclusion in the Service. The right and license hereby granted to the Publisher shall not be revoked during the subsistence of this agreement and no other right or license for publication or use of any of the said material shall be granted by the Owner (or Specialist) to any other person or company during the subsistence of this agreement.

Clause 5.4 Notwithstanding the Owner's copyright in the materials in the database, neither the Owner nor the Specialist shall be at liberty, during the subsistence of this agreement, to sell or market any of the said materials or offer them for sale; and, without limiting the generality of the foregoing, neither the Owner nor the Specialist shall be at liberty to sell or offer for sale any of the said materials or any information from them by on-line transmission, laser disc or any other non-print medium.

Clause 6.1 This agreement may be terminated by either the Publisher or the Owner, upon 90 days written notice to the other party, in the event that the unit count for subscriptions to the Service fails to reach 1,200 units by the end of the third royalty year.

Clause 6.2 The Publisher may terminate this agreement at any time following the end of the third royalty year, upon 90 days written notice to the Owner, if in the opinion of the Publisher the market response to the Service has been or has become unsatisfactory and not up to the expectations upon which the parties' assumptions as to the viability of the project were based.

Clause 8 Each party undertakes not to produce or sell, or to be associated with anyone else or with any other company in the production or sale of any material competing with this Service, during the subsistence of this agreement.

The contract is silent as to the ownership of any trade marks that may exist in the titles to the service. The plaintiff states that its understanding was that it owned whatever trade marks there were in the titles. CCH also states that allowing Dacfo to retain the copyright to the service was an exception to CCH's

[TRADUCTION] Article 2.1 Le service aura pour titre «Access to Revenue Canada Income Tax» ou tout autre nom convenu entre les parties.

Article 2.13 Le nom du spécialiste sera imprimé sur le dos de chaque reliure et apparaîtra sur les annonces publicitaires du service. Le spécialiste figurera comme rédacteur en chef du service dans toutes les annonces publicitaires et sur les mises à jour mensuelles.

Article 5.1 La propriétaire conserve le droit d'auteur sur tous les éléments de sa base de données (appelés collectivement «base de données»), sur tout logiciel créé par la propriétaire ou pour son compte, et sur toutes les données qu'elle fournit pour inclusion dans le service.

Article 5.2 La propriétaire par les présentes accorde à l'éditeur le droit et la licence exclusifs de publier et d'utiliser les données qu'elle lui fournit pour inclusion dans le service. Les droits et licence accordés par les présentes à l'éditeur ne seront pas révoqués pendant la durée du présent contrat; la propriétaire (ou le spécialiste) ne pourra, pendant la durée du présent contrat, accorder à aucune autre personne ou compagnie, aucun droit ou licence de publier ou d'utiliser tout ou partie desdites données.

Article 5.4 Nonobstant le droit d'auteur que conserve la propriétaire sur les éléments de la base de données, ni la propriétaire ni le spécialiste n'a, pendant la durée du contrat, le droit de les vendre, commercialiser ou mettre en vente, ni, notamment, le droit de les vendre ou mettre en vente en tout ou en partie par transmission en ligne ou sur disque laser ou autre support non imprimé.

Article 6.1 L'éditeur ou la propriétaire peut dénoncer le présent contrat par préavis écrit de 90 jours à l'autre partie, au cas où les abonnements au service n'atteindraient pas 1 200 unités à la fin de la troisième année de redevances.

Article 6.2 L'éditeur peut dénoncer le présent contrat à tout moment après la fin de la troisième année de redevances, par préavis écrit de 90 jours à la propriétaire, s'il juge que l'accueil réservé par le marché au service a été ou est devenu insatisfaisant ou n'a pas été à la mesure des espoirs des parties quant à la rentabilité de l'entreprise.

Article 8 Chaque partie s'engage à ne pas produire ou vendre, ou s'associer avec une autre personne ou compagnie pour produire ou vendre, pendant la durée du présent contrat, des données qui concurrenceraient le service visé aux présentes.

Le contrat est muet sur la propriété de marques de commerce que pourraient représenter les titres donnés au service. La demanderesse fait valoir qu'à son avis, il était entendu qu'elle était propriétaire de toutes les marques de commerce qui s'attachaient aux titres. CCH fait encore savoir que le droit accordé à

usual practice of holding copyright to its loose-leaf services. It provides affidavit evidence of industry practice to this effect from Michael Sloly, a senior officer of CCH.

The defendants' position as to the ownership of the trade marks differs of course from that of the plaintiff. During the negotiations, Dacfo's parent company Gestion applied to register several trade marks containing the word ACCESS, including ACCESS TO CANADIAN INCOME TAX on January 21, 1988, prior to the execution of the agreement. It matured to registration on March 29, 1991. On September 18, 1989, Dacfo applied to register the trade mark THE ACCESS LETTER, which matured on January 25, 1991. Dacfo and Désy maintain that Désy advised Lata that he was reserving several titles on behalf of Gestion. It is unclear precisely when Lata was first expressly advised of the defendants' trade mark activities. However, Désy stated on cross-examination of his affidavit that it was implicit that Lata was aware during the negotiations leading up to the signing of the agreement that these titles were being reserved for Gestion, since if negotiations with CCH failed, Désy would begin negotiations with other potential publishers. Désy also states in his affidavit that, in the summer of 1989 after the contract had been signed, he advised Lata that Dacfo's choice for the title of the service was ACCESS TO CANADIAN INCOME TAX, to which Lata agreed. (Sloly states in his affidavit that Lata denies Désy's version of events, but there is no affidavit from Lata himself to this effect). On the other hand, CCH states that it had no knowledge of Dacfo's and Désy's assertions of trade mark ownership until December 1990, when the contract was terminated.

As a further indication of the parties' understanding as to ownership, reference was made to other communications between the parties. On June 20, 1989, Dacfo forwarded to CCH a schedule which allocated their respective responsibilities relating to

Dacfo de conserver le droit d'auteur sur le service était une exception à sa pratique de détenir le droit d'auteur sur ses services de documentation sur feuillets mobiles. Elle produit à l'appui le témoignage d'expert par affidavit de l'un de ses propres dirigeants, Michael Sloly, sur l'usage de ce secteur d'activité en la matière.

La thèse des défenderesses pour ce qui est de la propriété des marques de commerce est bien entendu différente de celle de la demanderesse. Durant les négociations, Gestion, la compagnie mère de Dacfo, a demandé, le 21 janvier 1988, donc avant la signature du contrat, l'enregistrement de plusieurs marques de commerce comprenant le mot ACCESS, dont ACCESS TO CANADIAN INCOME TAX. L'enregistrement eut lieu le 29 mars 1991. Le 18 septembre 1989, Dacfo demanda l'enregistrement de la marque de commerce THE ACCESS LETTER, laquelle fut enregistrée le 25 janvier 1991. Dacfo et Désy soutiennent que ce dernier a informé Lata qu'il se réservait plusieurs titres pour le compte de Gestion. Le dossier ne dit pas quand exactement Lata a été expressément informé pour la première fois des mesures prises par les défenderesses au sujet des marques de commerce. Cependant, Désy affirme pendant le contre-interrogatoire sur son affidavit, que Lata devait savoir durant les négociations menant à la signature du contrat, que ces titres étaient réservés pour Gestion car, si ces négociations avec CCH devaient échouer, Désy aurait engagé immédiatement des négociations avec d'autres éditeurs. Désy indique également dans son affidavit que durant l'été 1989, après que le contrat eut été signé, il a informé Lata que le titre choisi par Dacfo pour ce service était ACCESS TO CANADIAN INCOME TAX, ce à quoi Lata a acquiescé. (Sloly affirme dans son affidavit que Lata conteste la version des faits de Désy, mais il n'y a aucun affidavit à cet effet de Lata lui-même). De son côté, CCH affirme qu'elle n'a été mise au courant des assertions de Dacfo et de Désy au sujet de la propriété des marques de commerce qu'en décembre 1990, après la résolution du contrat.

D'autres communications entre les parties ont été citées à titre d'indication supplémentaire de leur position respective sur la question de la propriété des marques de commerce. Le 20 juin 1989, Dacfo fit tenir à CCH un tableau de répartition de leurs attribu-

the completion of the services. One of the responsibilities of Dacfo set out in the schedule was "Trademark Reservation for Title". The defendants submit that it is self-evident from this that the parties understood that the defendants were to own the trade mark. CCH maintains, however, that this phrase is equivocal, and not conclusive of the parties' understanding of who would own the trade mark. CCH states, for example, that the phrase could just as easily be construed as meaning that Dacfo was to reserve the trade mark for CCH.

THE ACCESS LETTER monthly newsletter was first distributed in Canada in about September 1989. The ACCESS TO CANADIAN INCOME TAX service was first distributed in November 1989. CCH extensively promoted both publications between September 1989 and December 1990, at a cost of over \$2,300,000. CCH also paid Dacfo \$1,200,000 for its efforts in producing the service. CCH's input into the actual content of the service was quite limited, concerning matters such as format and other editorial functions such as tables and indexes. All the parties agree that the service and the newsletter were successful products.

In the fall of 1989, Dacfo decided to prepare a service concerning the Goods and Services Tax (GST) in the French language. It offered this service to CCH to publish, but the offer was refused as CCH already had plans to put out a French version of its existing GST service. Dacfo therefore decided to market the service itself, under the title TPS CANADA-QUÉBEC. However, CCH took the position that this service would be in competition with the planned CCH service, and constituted a conflict of interest for Dacfo. (It does not appear at the time that CCH considered there to be a violation of the non-competition clause in the contract with Dacfo and Désy, and it does not appear to be relying on these grounds at the time. In my opinion, however, the services do not compete, one being a work on consumption tax, and one being directed towards income taxation). It appears that Désy used equipment provided by CCH for the ACCESS publications to work on the compet-

tions de part et d'autre. L'une des responsabilités prévues pour Dacfo était la [TRADUCTION] «Réservation de la marque de commerce pour le titre». Les défenderesses y voient la preuve indéniable qu'il était entendu entre les parties qu'elles seraient les propriétaires de la marque de commerce. CCH rétorque que cette phrase est équivoque et ne prouve pas la convention des parties pour ce qui était de savoir laquelle serait propriétaire de la marque de commerce. Elle fait valoir que la phrase pourrait facilement être interprétée comme signifiant, par exemple, que Dacfo devait réserver la marque de commerce pour CCH.

Le bulletin d'information mensuel THE ACCESS LETTER fut distribué au Canada pour la première fois aux environs de septembre 1989. Le service de documentation ACCESS TO CANADIAN INCOME TAX fut distribué pour la première fois en novembre 1989. CCH entreprit une grande campagne de promotion pour les deux publications entre septembre 1989 et décembre 1990, y mettant plus de 2 300 000 dollars. Elle a aussi payé à Dacfo 1 200 000 dollars pour la production du service. L'apport de CCH au contenu proprement dit du service était très limité; il concernait les questions comme la présentation et d'autres fonctions d'édition comme les tableaux et les index. Toutes les parties reconnaissent que le service de documentation et le bulletin d'information étaient un succès commercial.

À l'automne 1989, Dacfo décida de produire un service de documentation en français sur la taxe sur les produits et services (TPS). Elle en proposa la publication à CCH, laquelle refusa l'offre parce qu'elle avait déjà des plans pour publier une version française de son propre service TPS. Dacfo décida alors de commercialiser elle-même son service, sous le titre TPS CANADA-QUÉBEC. CCH y voyait cependant une concurrence avec son service prévu, et un conflit d'intérêts chez Dacfo. (Il ne semble pas que CCH y ait vu alors une violation de la clause de non-concurrence de son contrat avec Dacfo et Désy, et il appert qu'elle n'invoquait pas ce motif à l'époque. À mon avis, les deux services ne se font pas concurrence, puisque l'un est consacré à la taxe à la consommation alors que l'autre porte sur l'impôt sur le revenu). Il appert que pour composer le service TPS concurrent, Désy s'est servi du matériel mis à sa disposition par CCH en vue de la production des

ing GST service. Despite requests from CCH to cease work on the project, Désy refused to do so. Relations between the two took an acrimonious turn, as difficulties between the parties concerning other joint publications were also discussed. On December 3, 1990, CCH advised Désy and Dacfo that it was terminating its agreement with them to publish the service. CCH published its last issue of ACCESS TO CANADIAN INCOME TAX and THE ACCESS LETTER on November 22, 1990. In January 1991, CCH sent the following notice to subscribers of the service:

CCH Canadian Limited regrets to announce that due to circumstances beyond its control, it has ceased publication of Access to Canadian Income Tax, including The Access Letter, effective with report no. 12 dated November 22, 1990.

Subscribers will be credited under separate cover, for the unexpired portion of their paid subscriptions.

We thank you, our loyal subscribers, for your support of this reporting service and trust that the information contained in it will continue to assist you in your research for some time to come.

Following the termination of the contract, the defendants approached other publishing companies to locate a publisher for the service. Dacfo, through Désy, contacted Butterworths in January 1991 to determine if Butterworths would be interested in publishing the ACCESS services. Butterworths was interested, but out of caution contacted CCH to advise it of its interest in the service and inquire if CCH's subscription list was for sale. Butterworths decided to publish the ACCESS services on January 22, 1991, and advised CCH of its intentions. In February 1991, Butterworths advertised to the public that it would be publishing the ACCESS services. CCH then threatened legal action. Butterworths indicated that it would strongly defend such proceedings. CCH commenced this action on February 21, 1991. In the meantime, Butterworths has continued with its marketing efforts of both services, and published THE ACCESS LETTER on March 4, 1991. ACCESS TO CANADIAN INCOME TAX will be published and distributed in May, 1991.

After learning that Butterworths intended to publish the ACCESS services, CCH decided to publish what it characterizes as the "successors" to the ACCESS publications, "WINDOW ON CANADIAN

publications ACCESS. CCH lui demanda de mettre fin à la nouvelle entreprise, mais Désy s'y refusa. Les rapports entre les deux prirent un tour acrimonieux, comme les difficultés entre les parties au sujet d'autres publications communes furent aussi discutées. Le 3 décembre 1990, CCH informa Désy et Dacfo qu'elle mettait fin au contrat de publication du service. Elle publia le dernier numéro de ACCESS TO CANADIAN INCOME TAX et de THE ACCESS LETTER le 22 novembre 1990. En janvier 1991, elle envoya l'avis suivant aux abonnés:

[TRADUCTION] CCH Canadian Limited a le regret d'annoncer que pour des raisons qui échappent à sa volonté, elle a cessé la publication de Access to Canadian Income Tax, y compris The Access Letter, après le numéro 12 en date du 22 novembre 1990.

Les abonnés recevront sous pli séparé un crédit pour le solde de leur abonnement.

Nous remercions nos fidèles abonnés du soutien qu'ils ont accordé à ce service de documentation et espérons que les informations qui y sont contenues continueront à leur servir dans leurs recherches à l'avenir.

Après la résiliation du contrat, les défenderesses ont pressenti d'autres maisons d'édition pour publier le service. Dacfo, par l'intermédiaire de Désy, se mit en rapport avec Butterworths en janvier 1991 pour voir si la publication des services ACCESS l'intéresserait. Butterworths était intéressée mais, par mesure de précaution, contacta CCH pour l'en informer et pour lui demander si elle accepterait de lui vendre sa liste d'abonnés. Butterworths prit la décision de publier les services ACCESS le 22 janvier 1991 et en informa CCH. En février 1991, Butterworths annonça au public qu'elle allait publier les services ACCESS. CCH menaça alors de la poursuivre en justice. Butterworths fit savoir qu'elle se défendrait vigoureusement. CCH intenta cette action le 21 février 1991. Entre-temps, Butterworths a poursuivi ses efforts de commercialisation des deux services; THE ACCESS LETTER fut publié le 4 mars 1991. ACCESS TO CANADIAN INCOME TAX devait être publié et distribué en mai 1991.

Une fois informée que Butterworths envisageait de publier les services ACCESS, CCH a décidé de publier ce qu'elle appelait les «successeurs» des publications ACCESS, sous les titres «WINDOW

TAX” and “THE TAX WINDOW”, with the editorial assistance of another law firm of tax specialists.

POSITION OF THE PLAINTIFF

In support of its injunction application, CCH submits that it owns the trade marks ACCESS TO CANADIAN INCOME TAX and THE ACCESS LETTER because it has used the trade marks in such a way as to make them distinctive of CCH in the mind of the public. It concedes that as the defendants own the copyright to the materials, they have the right to publish the service with another publisher. What CCH seeks in this action is to prevent the defendants from publishing the service under the disputed titles.

CCH submits that even if it no longer uses the trade marks, it retains a residual goodwill in the marks that can support an action for passing-off. Allowing the defendants to publish under the ACCESS titles will depreciate the goodwill of CCH, and constitute irreparable harm. CCH also states that there is no evidence of any use prior to February 1991 of the trade marks in question by anyone except CCH. It submits that as the trade mark registrations by the defendants lack distinctiveness, the registrations are invalid.

CCH also states that the defendants have by their activities infringed paragraph 7(b) of the *Trade-marks Act* [R.S.C., 1985, c. T-13], which states that one cannot direct public attention to his wares, services or business in such a way as to cause or be likely to cause confusion in Canada, with the wares, services or business of another. CCH states that in publishing under the titles in question, the defendants are passing off their goods as those of CCH.

POSITION OF THE DEFENDANTS

The defendants submit that Dacfo has copyright in the titles as part of its copyright in the service, and that Dacfo holds the registered trade mark in the titles. Therefore, they state that there is no serious issue to be tried, as ownership of the trade marks

ON CANADIAN TAX» et «THE TAX WINDOW» avec le concours d’une autre étude d’avocats fiscalistes.

a LA THÈSE DE LA DEMANDERESSE

À l’appui de sa requête en injonction, CCH soutient qu’elle est la propriétaire des marques de commerce ACCESS TO CANADIAN INCOME TAX et THE ACCESS LETTER, étant donné qu’elle les a utilisées de manière à en faire des marques distinctives de CCH dans l’esprit du public. Elle reconnaît que les défenderesses étant les propriétaires des données, elles ont le droit de faire publier le service par un autre éditeur. Ce que vise CCH dans cette action, c’est d’empêcher les défenderesses de publier le service sous les titres en litige.

CCH fait valoir que, bien que n’utilisant plus les marques de commerce dont il s’agit, elle retient sur leur renom un droit résiduel qui peut fonder une action en *passing off*. De permettre aux défenderesses de publier le service sous le titre ACCESS diminuerait le bon renom de CCH et constituerait de ce fait un préjudice irréparable. CCH soutient aussi que personne, à part elle-même, n’a utilisé les marques de commerce en question avant février 1991. Et que faute de caractère distinctif, les marques de commerce enregistrées par les défenderesses étaient invalides.

CCH prétend aussi que par leurs agissements, les défenderesses ont violé l’alinéa 7b) de la *Loi sur les marques de commerce* [L.R.C. (1985), chap. T-13], aux termes duquel nul ne peut appeler l’attention du public sur ses marchandises, ses services ou son entreprise de manière à causer ou à vraisemblablement causer de la confusion au Canada entre ses marchandises, ses services ou son entreprise et ceux d’un autre. CCH soutient qu’en publiant le service sous les titres en question, les défenderesses font passer leurs marchandises pour les siennes propres.

i LA THÈSE DES DÉFENDERESSES

Les défenderesses soutiennent que Dacfo est propriétaire du droit d’auteur sur les titres en litige, en raison de son droit d’auteur sur le service de documentation, et qu’elle est propriétaire des marques de commerce enregistrées pour ces titres. Elles font

clearly rests with Dacfo. The validity of a registered trade mark will generally be presumed on an application for an interlocutory injunction.

The defendants also submit that there is no evidence that CCH will suffer irreparable harm if the injunction is refused. With respect to the balance of convenience, it is submitted that this also favours the defendants. *Inter alia*, the defendants submit on these points that if they are enjoined from using the ACCESS titles, the action will effectively have been decided at the interlocutory stage. If enjoined, they will have to re-title their publications, and if at trial the injunction is removed there would be little point in returning to the former titles. On the other hand, if the injunction is refused, CCH can continue publishing its *Window* service and the defendants can keep publishing its *Access* service. Any harm that CCH suffers as a result of this continuation of the *status quo* can be compensated in damages.

ANALYSIS

The prerequisites for an interlocutory injunction are well known. The applicant must establish (1), a serious issue to be tried, (2) that it will suffer irreparable harm if the injunction is not granted, and (3) that the balance of convenience is in its favour: *Turbo Resources Ltd. v. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 F.C. 451 (C.A.). I will first examine the legal issues to see if there is a serious issue to be tried, and then address the issues of irreparable harm and balance of convenience.

Serious issue to be tried

In my view, the strength of the plaintiff's argument on the serious issue branch of the test turns on the existence of a property right, if any, that CCH can assert in the titles. If CCH can demonstrate that the titles have acquired a secondary meaning, i.e., that the titles are indicative in the minds of the public of a connection between the ACCESS works and itself as

valoir en conséquence qu'il n'y a aucune question importante à trancher, puisque Dacfo est sans conteste la propriétaire des marques de commerce. La validité d'une marque de commerce enregistrée doit normalement être présumée en cas de requête en injonction interlocutoire.

Les défenderesses soutiennent aussi qu'il n'y a aucune preuve de préjudice irréparable pour CCH si l'injonction interlocutoire est refusée. En ce qui concerne la balance des préjudices de part et d'autre, elles affirment qu'elle penche en leur faveur. Dans leur argumentation au sujet de ces questions, les défenderesses soutiennent entre autres que, si interdiction leur est faite d'utiliser les titres ACCESS, cela signifiera que l'action aura été effectivement décidée au stade interlocutoire. En cas d'interdiction, elles auront à donner un autre titre à leurs publications et si l'injonction est rapportée au moment du procès, elles ne gagneraient rien à reprendre les anciens titres. Par contre, si l'injonction est refusée, CCH peut continuer à publier son service *Window* et les défenderesses peuvent continuer à publier leur service *Access*. Tout préjudice que CCH subirait en raison du maintien du statu quo peut être réparé au moyen de dommages-intérêts.

ANALYSE

Les conditions de l'injonction interlocutoire sont bien connues. Le requérant doit prouver (1) qu'il y a une question importante à trancher, (2) qu'il subira un préjudice irréparable si l'injonction est refusée, et (3) que la balance des préjudices réciproques penche de son côté: voir *Turbo Resources Ltd. c. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 C.F. 451 (C.A.). J'examinerai en premier lieu les points de droit pour voir s'il y a une question importante à trancher, puis les arguments relatifs au préjudice irréparable et à la balance des préjudices de part et d'autre.

Question importante à trancher

À mon avis, l'argument de la question importante à trancher qu'avance la demanderesse repose sur le droit de propriété, si droit de propriété il y a, que CCH peut faire valoir sur les titres en cause. Si elle arrive à montrer que ces titres ont acquis une signification secondaire, c'est-à-dire qu'ils évoquent dans l'esprit du public un lien entre les publications

the publisher, then in my opinion there may be a serious issue to be tried. In *Mathieson v. Sir Isaac Pitman & Sons Ltd.* (1930), 47 R.P.C. 541 (Ch. D.), the plaintiff, which had published a book titled "How To Appeal Against Your Rates in the Metropolis" from 1887 until 1929, tried to restrain the defendant from selling two books entitled "How to Appeal Against Your Rates Within the Metropolis" and "How to Appeal Against Your Rates Without the Metropolis", which were first published in 1930. Maugham J. discussed the principles to be applied in such circumstances at page 550:

It is often said that in cases of this kind you have to consider whether the descriptive words under which the goods are sold have acquired a secondary or a special meaning. In connection with the title of a book, that means this: does the title used indicate to the minds of the public the specific work in question in connection with the author of it, or it may be in some rare cases in connection with the publisher of it? For instance, taking such a work as we have to deal with here: if we are going to use the words "secondary meaning" in connection with a book published for all these years by the Plaintiff on "How to appeal against your rates," that secondary meaning is not proved by saying that anybody who asked for "How to appeal against your rates" before January of the present year must mean, if he knows anything about the work, the book written by Mr. *Lawrie*. That does not show a secondary meaning. The secondary meaning in this connection must connote that in the market where such books are purchased and among the members of the public who are buyers of these books, the mere title "How to appeal against your rates" indicated the work of Mr. *Andrew Douglas Lawrie*, and perhaps further indicated that it was published by *Effingham Wilson*; and unless that can be established as a fact, it seems to me that the case of the Plaintiff must fail. [Underlining added.]

Therefore, CCH may be able to succeed at trial in restraining the publication of Dacfo's book by Butterworths under the ACCESS titles, if it can demonstrate that the book is already recognized by the relevant sector of the public as denoting CCH's publication. In my view, this question meets the threshold injunction test of a serious issue to be tried.

Before addressing the issues of irreparable harm and balance of convenience, however, a number of preliminary points should be addressed which were extensively argued by the parties. The first concerns the effect on these proceedings of the fact that Dacfo owns the registered trade marks in the titles. The sec-

ACCESS et elle-même en tant qu'éditeur, je conclurai qu'il peut y avoir une question importante à trancher. Dans *Mathieson v. Sir Isaac Pitman & Sons Ltd.* (1930), 47 R.P.C. 541 (Ch. D.), le demandeur, qui avait publié un livre intitulé «How To Appeal Against Your Rates in the Metropolis» de 1887 à 1929, cherchait à faire interdire à la défenderesse de vendre deux livres intitulés «How to Appeal Against Your Rates Within the Metropolis» et «How to Appeal Against Your Rates Without the Metropolis», qui furent publiés pour la première fois en 1930. Le juge Maugham a évoqué comme suit les principes à appliquer aux faits de la cause, en page 550:

[TRADUCTION] Il a été souvent jugé que dans les cas de ce genre, il faut examiner si les mots descriptifs qui servent à la vente des marchandises ont acquis une signification secondaire ou spéciale. La question qui se pose au sujet du titre d'un livre est donc la suivante: ce titre évoque-t-il dans l'esprit du public le lien entre l'ouvrage en question et son auteur, ou même dans de rares cas, son éditeur? Prenons par exemple le cas du livre en cause: si nous envisageons les mots «signification secondaire» au sujet d'un livre publié toutes ces années par le demandeur sur les méthodes d'appel contre l'impôt foncier «How to appeal against your rates», l'existence de cette signification secondaire n'est pas prouvée par la simple affirmation que quiconque demandait «How to appeal against your rates» avant janvier de cette année devait avoir à l'esprit, s'il connaissait tant soit peu ce livre, celui de M. *Lawrie*. Pareille affirmation n'est pas preuve de signification secondaire. Dans ce contexte, la signification secondaire doit être telle que sur le marché où ce livre est en vente ou parmi le public qui l'achète, le titre «How to appeal against your rates» indique à lui seul l'ouvrage de M. *Andrew Douglas Lawrie*, et peut-être même que le livre est publié par *Effingham Wilson*; à moins que ce fait ne puisse être établi, je pense que les prétentions du demandeur doivent succomber. [Non souligné dans le texte original.]

Ainsi, CCH pourrait fort bien réussir, au procès, à faire interdire à Butterworths de publier le texte de Dacfo sous les titres ACCESS, si elle pouvait prouver que ce texte évoque, dans l'esprit du public qui s'y intéresse, une publication CCH. À mon avis donc, ce point litigieux satisfait au critère de la question importante à trancher à l'égard du recours en injonction.

Avant d'aborder les questions du préjudice irréparable et de la balance des préjudices réciproques, il faut cependant examiner un certain nombre de questions préalables qui ont fait l'objet d'une argumentation considérable de la part des parties. Il s'agit en premier lieu de l'effet qu'a sur cette cause le fait que

and concerns the effect on this matter of the fact that Dacfo owns the copyright to the service.

Validity of trade marks

The plaintiff asserts that it owns the trade mark in the titles. The defendants, in opposing this injunction application, rely in part on the fact that they are the registered owners of the trade marks in question. CCH submits, however, that the registrations of the ACCESS trade marks by Dacfo are invalid because: (a) they lack distinctiveness, (b) there was no use by Dacfo when declarations of use were filed, and (c) there was no *bona fide* intention on the part of Dacfo to use the trade marks when the applications were filed. The defendants argue that, in an interlocutory injunction application, it is not appropriate to enter into a discussion of the validity of a registered mark.

I agree with the defendants that the validity of the trade marks should not be addressed in these interlocutory proceedings, and that they should be presumed to be valid. Such an approach is consistent with the bulk of the case law on the issue. As Dubé J. stated with respect to an argument that a plaintiff's mark was invalid in *Syntex Inc. v. Apotex Inc.* (1989), 27 C.I.P.R. 123 (F.C.T.D.), at page 125:

... the arguments ... were very substantial and will undoubtedly receive full consideration at the proper time, at the trial of this matter. These arguments were premature, however, as they dealt mostly with the validity of the trade mark which, at this stage of the proceedings, must be presumed to be valid.

See to the same effect: *Pizza Pizza Ltd. v. Little Caesar International Inc.*, [1990] 1 F.C. 659 (T.D.); *Waxoyl AG v. Waxoyl Canada Ltd.* (1982), 38 O.R. (2d) 672 (H.Ct.), at pages 681-682; *Joseph E. Seagram & Sons Ltd. v. Andres Wines Ltd.* (1987), 16 C.I.P.R. 131 (F.C.T.D.), at pages 135-136.

It is true that some cases have indicated that there is not a hard and fast rule against considering the validity of a trade mark in interlocutory proceedings

Dacfo est propriétaire des marques de commerce enregistrées que représentent les titres, et en second lieu de l'effet qu'a sur cette cause le fait que Dacfo détient le droit d'auteur sur le service.

a

Validité des marques de commerce

La demanderesse affirme qu'elle est propriétaire des marques de commerce que représentent les titres.

b Dans leur défense contre l'injonction interlocutoire, les défenderesses invoquent en partie le fait qu'elles sont les propriétaires inscrits des marques de commerce en question. CCH soutient cependant que l'enregistrement des marques de commerce ACCESS par Dacfo est invalide pour les raisons suivantes: a) elles sont dépourvues de caractère distinctif, b) Dacfo ne s'en servait pas au moment du dépôt des déclarations d'utilisation, et c) Dacfo n'avait pas vraiment l'intention de les utiliser à la date des demandes d'enregistrement. Les défenderesses rétorquent qu'il n'est pas question, au stade de l'injonction interlocutoire, de discuter de la validité d'une marque de commerce enregistrée.

e Je conviens avec les défenderesses qu'on ne saurait mettre en cause la validité des marques de commerce dans cette procédure interlocutoire, et que ces marques doivent être présumées valides. Pareille approche est conforme à la jurisprudence prédominante en la matière. Comme l'a fait remarquer le juge Dubé au sujet de l'argument que la marque de commerce de la demanderesse était invalide dans *Syntex Inc. c. Apotex Inc.* (1989), 27 C.I.P.R. 123 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 125:

f ... les arguments ... étaient très sérieux et [ils] feront à n'en pas douter l'objet d'un examen approfondi au moment opportun, à l'instruction de la présente affaire. Ces arguments étaient cependant prématurés dans la mesure où ils visaient avant tout la validité de la marque de commerce, laquelle doit, à ce stade de l'instance, être présumée.

Voir également *Pizza Pizza Ltd. c. Little Caesar International Inc.*, [1990] 1 C.F. 659 (1^{re} inst.); *Waxoyl AG v. Waxoyl Canada Ltd.* (1982), 38 O.R. (2d) 672 (H.Ct.), aux pages 681 et 682; *Joseph E. Seagram & Sons Ltd. c. Andres Wines Ltd.* (1987), 16 C.I.P.R. 131 (C.F. 1^{re} inst.), aux pages 135 et 136.

Il est vrai que selon certains précédents, la règle, qui exclut l'examen de la validité d'une marque de commerce au stade interlocutoire, n'est pas absolue

in certain circumstances. As Cattanach J. stated in *Maple Leaf Mills Ltd. v. Quaker Oat Co. of Can.* (1984), 2 C.I.P.R. 33 (F.C.T.D.), at page 43:

Under normal circumstances it is not the function of the Judge hearing an application to determine the validity of the registration of a trade mark. The presumption is that the trade mark is a valid mark validly registered unless a strong case of invalidity is made out and in this context I equate the liability to expungement to "validity". [Emphasis added.]

In this case, however, I cannot say that a "strong case of invalidity" has been made out by the plaintiff. In addition, even assuming that it may be proper in some circumstances to consider validity on an interlocutory injunction application, in my opinion it would not be appropriate to do so in the case at hand. Determining the validity of the trade mark in this case on the grounds asserted by the plaintiff would require that considerable evidence be led on disputed questions of fact. In such a situation, it is not appropriate to decide such contentious matters at the interlocutory stage: see *Syntex Inc. v. Novopharm Ltd.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 129 (F.C.A.). I am therefore of the view that for the purposes of this application, the defendants' trade marks should be considered valid.

Passing Off

While I have concluded that the defendants' trade marks should be deemed to be validly registered for the purposes of this motion, this does not mean that there is not a serious issue to be tried. As noted above, it is possible that an action in passing off might succeed at trial despite the defendants' registration of the trade marks, if CCH can prove that the titles have become identified in the market with its books. As Gray J. held in *Waxoyl, supra*, at page 681, "The mere fact that a trade mark has been registered is no defence to a passing off action." The foundation of the plaintiff's passing off action in this Court is found in paragraph 7(b) of the *Trade-marks Act*, which is a codification of the common law tort of passing off. Paragraph 7(b) reads as follows:

dans certains cas. Le juge Cattanach a tiré à ce propos cette conclusion dans *Maple Leaf Mills Ltd. c. Quaker Oat Co. of Can.* (1984), 2 C.I.P.R. 33 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 43:

^a [TRADUCTION] Il n'appartient normalement pas au juge saisi d'une demande de se prononcer sur la validité de l'enregistrement d'une marque de commerce. Celle-ci est présumée être une marque valide, validement enregistrée à moins d'argument concluant d'invalidité et dans ce contexte, possibilité de radiation vaut à mes yeux «validité». [Mot non souligné dans l'original.]

^c En l'espèce, cependant, je ne saurais dire que la demanderesse a présenté un «argument concluant d'invalidité». Par ailleurs, à supposer qu'il soit justifiable dans certains cas d'examiner la validité dans un recours en injonction interlocutoire, je ne pense pas que ce soit le cas en l'espèce. Une décision sur la validité de la marque de commerce en l'espèce sur la base des motifs avancés par la demanderesse nécessiterait des témoignages extensifs sur des points de fait contestés. Il s'ensuit qu'il ne convient pas d'instruire les points litigieux de ce genre au stade interlocutoire: voir *Syntex Inc. c. Novopharm Ltd.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 129 (C.A.F.). Je conclus donc que dans le cadre de cette requête, les marques de commerce des défenderesses doivent être considérées comme valides.

^f Passing off

^g Si j'ai conclu que les marques de commerce des défenderesses doivent être présumées validement enregistrées au regard de la requête en l'espèce, cela ne signifie qu'il n'y a pas une question importante à trancher. Comme noté plus haut, il est possible qu'une action en *passing off* soit accueillie au procès bien que les marques de commerce en cause eussent été enregistrées par les défenderesses, si CCH peut prouver que les titres dont il s'agit ont été associés sur le marché avec ses propres publications. Ainsi que l'a conclu le juge Gray dans *Waxoyl, supra*, en page 681, [TRADUCTION] «Le seul fait qu'une marque de commerce a été enregistrée ne constitue nullement un moyen de défense contre l'action en *passing off*». L'action en *passing off* qu'a intentée la demanderesse devant la Cour est fondée sur l'alinéa 7b) de la *Loi sur les marques de commerce*, qui est une codification des règles applicables au délit de *passing off* de la common law. Voici ce que prévoit l'alinéa 7b):

7. No person shall

(b) direct public attention to his wares, services or business in such a way as to cause or be likely to cause confusion in Canada, at the time he commenced so to direct attention to them, between his wares, services or business and the wares, services or business of another.

As MacGuigan J.A. observed in *Asbjorn Horgard A/S v. Gibbs/Nortac Industries Ltd.*, [1987] 3 F.C. 544 (C.A.), this subsection has three elements: a person shall not 1) direct public attention to his wares, services or business (2) in such a way as to cause or be likely to cause confusion in Canada (3) at the time he commenced so to direct attention to them, between his wares, services or business. Whether or not these elements have been established is in my view a matter for the judge trying this action.

Passing off in general was discussed in the following terms in the text *Salmond on Torts* (17th. ed., 1977) at pages 400-401, quoted by Estey J. in *Consumers Distributing Company Ltd. v. Seiko Time Canada Ltd. et al.*, [1984] 1 S.C.R. 583, at page 597:

To sell merchandise or carry on business under such a name, mark, description, or otherwise in such a manner as to mislead the public in not believing that the merchandise or business is that of another person is a wrong actionable at the suit of that other person. This form of injury is commonly, though awkwardly, termed that of *passing off* one's goods or business as the goods or business of another and is the most important example of the wrong of injurious falsehood, though it is so far governed by special rules of its own that is advisable to treat it separately. The gist of the conception of passing off is that the goods are in effect telling a falsehood about themselves, are saying something about themselves which is calculated to mislead. The law on this matter is designed to protect traders against that unfair form of unfair competition which consists in acquiring for oneself, by means of false or misleading devices, the benefit of the reputation already achieved by rival traders.

In *Mathieson, supra*, Maugham J. discussed the principles to be applied in a case of passing off in the context of books as follows, at page 549:

I do not think I can better state what has been determined than by making a sort of adaptation of what Lord *Herschell* said in *Reddaway v. Banham* at page 240, adapting his language to the

7. Nul ne peut:

b) appeler l'attention du public sur ses marchandises, ses services ou son entreprise de manière à causer ou à vraisemblablement causer de la confusion au Canada, lorsqu'il a commencé à y appeler ainsi l'attention, entre ses marchandises, ses services ou son entreprise et ceux d'un autre.

Ainsi que l'a fait remarquer le juge MacGuigan J.C.A., dans *Asbjorn Horgard A/S c. Gibbs/Nortac Industries Ltd.*, [1987] 3 C.F. 544 (C.A.), cet alinéa comporte trois éléments: nul ne peut 1) appeler l'attention du public sur ses marchandises, services ou entreprise (2) de manière à causer, effectivement ou vraisemblablement, de la confusion au Canada (3) lorsqu'il a commencé à y appeler ainsi l'attention, entre ses marchandises, ses services ou son entreprise et ceux d'un autre. Que ces éléments aient été établis ou non en l'espèce, il s'agit là, à mon avis, d'une question qu'il appartient au juge saisi de l'action de trancher.

Le délit de *passing off* en général a été analysé en ces termes dans l'ouvrage *Salmond on Torts* (17th. ed., 1977), aux pages 400 et 401, cité par le juge Estey dans *Consumers Distributing Company Ltd. c. Seiko Time Canada Ltd. et autres*, [1984] 1 R.C.S. 583, à la page 597:

Vendre des marchandises ou exploiter une entreprise sous une dénomination, une marque, une description ou de quelque autre façon de manière à faire croire au public qu'il s'agit des marchandises ou de l'entreprise d'une autre personne constitue un délit civil donnant matière à des poursuites à la demande de cette autre personne. Cette forme de préjudice, selon la formule assez lourde communément employée, consiste à faire passer ses marchandises ou son entreprise pour celles d'une autre personne et constitue l'exemple le plus important du délit de tromperie dommageable, bien que les règles qui s'y appliquent soient à ce point spéciales qu'il vaut mieux le considérer comme un domaine à part. Si l'on réduit les choses à l'essentiel, il y a *passing off* dès lors que les marchandises donnent une fausse impression, et que cette impression est destinée à induire en erreur. Dans ce cas, le droit vise à protéger les commerçants contre le type de concurrence déloyale qui consiste à s'approprier, par la tromperie, l'avantage de la réputation qu'ont pu établir des concurrents.

Dans *Mathieson, supra*, le juge Maugham a analysé en ces termes, à la page 549, les principes applicables au *passing off* à l'égard de livres:

[TRADUCTION] Je ne saurais mieux exposer ce qui a été constaté qu'en adaptant aux livres la conclusion tirée par lord *Herschell* dans *Reddaway v. Banham* à la page 240. En voici l'essentiel:

case of a book. This, in substance, is what I gather from his statement: the name of a person or words forming part of the common stock of language, such as the description of the contents of a book, may become so far associated with the book of a particular author that it is capable of proof that the use of it by itself, without explanation or perhaps qualification, by another publisher, would deceive a purchaser into the belief that he was getting a book written by A, when he was in fact getting an entirely different book written by B. In a case of this description the mere proof by the plaintiff that the defendants are using the title of a book which the plaintiff had adopted as the title of his book, would not entitle him to any relief; he could only obtain it by proving further that the defendants had adopted the title of his book and were using it under such circumstances or in such a manner as to lead purchasers of his book to buy it as the book of the plaintiff. If he could succeed in proving this, he would on well-established principles be entitled to an injunction. Accordingly, I have as a Jury to answer the question whether it has been established by the evidence in this case that the Defendants have been, stating it shortly, passing off their books as the books of the Plaintiff; and I have to remember that the mere fact that there is similarity is not sufficient to entitle the Plaintiff to relief.

In my view, as Maugham J. noted above, it is possible that in rare cases a title will have a secondary meaning associated with a publisher, as well as an author that would support an action for passing off by the publisher. In my opinion, the title of a book would generally denote the book itself, and perhaps the author, and would not usually refer to the publisher in the minds of the public. However, it is possible that a secondary association of the ACCESS titles with CCH could be established by evidence at trial. It appears to me, however, that the plaintiff will have difficulty at trial in succeeding in a passing off action, for the following reasons.

First, in my opinion it is clear that CCH had clearly abandoned any thoughts of continuing to publish under these titles. As CCH submitted, it is true that there is authority to the effect that even if a trade mark is no longer in use by a plaintiff, the plaintiff may succeed in enjoining use by the defendant if it can show that it has retained a residual goodwill in the trade mark at the time of the use by the defendant. As Wilberforce J. (as he then was) held in *Norman Kark Publications Ltd. v. Odhams Press Ltd.*, [1962] R.P.C. 163 (Ch. D.), at page 169:

The principle to be applied, in my judgment, is that which lies at the foundation of all cases where the plaintiff seeks to

le nom d'une personne ou les mots appartenant au vocabulaire général, qui décrivent par exemple le contenu d'un livre, peuvent devenir si indissociables du livre d'un auteur qu'on peut prouver que leur seule mention, sans explication ou sans qualification de la part d'un autre éditeur, pourrait amener l'acheteur à croire qu'il a acheté un livre écrit par A, alors qu'en fait il a acheté un autre livre complètement différent, écrit par B. Dans un cas de ce genre, la preuve faite par le demandeur que les défendeurs donnent à leur livre un titre qu'il a adopté pour le sien propre ne suffit pas à elle seule à lui assurer la réparation demandée; il ne se verrait accorder cette réparation qu'en prouvant à la fois que les défendeurs se sont approprié le titre de son livre et qu'ils l'ont utilisé de manière à faire croire aux acheteurs de leur livre que celui-ci est le sien propre. S'il arrivait à faire cette preuve, il aurait, conformément aux principes établis, droit à une injonction. En conséquence, en ma qualité de juge des faits, je dois examiner si les preuves produites en l'espèce établissent que les défendeurs ont fait passer leur livre pour celui du demandeur, tout en me rappelant que le seul fait qu'il y a une similarité ne suffit pas à justifier une mesure de réparation en faveur du demandeur.

À mon avis, et comme l'a noté le juge Maugham ci-dessus, il est possible que dans des cas exceptionnels, un titre ait une signification secondaire qui l'associe à l'éditeur ainsi qu'à un auteur, et qui justifierait une action en *passing off* par cet éditeur. Je pense qu'en général, le titre d'un livre désigne ce livre lui-même et peut-être l'auteur, mais n'évoquerait normalement pas le nom de l'éditeur dans l'esprit du public. Cependant, il est possible qu'une signification secondaire associant les titres ACCESS à CCH puisse être établie au procès proprement dit. Il me semble cependant que la demanderesse aura du mal à faire valoir une action en *passing off* au procès, pour les raisons suivantes.

En premier lieu, il est clair à mes yeux que CCH avait abandonné toute idée de continuer à publier sous ces titres. Il est vrai, comme CCH le soutient, qu'il a été jugé que même si une marque de commerce n'est plus utilisée, le demandeur peut en faire interdire l'utilisation au défendeur s'il arrive à prouver qu'il conserve un droit résiduel sur le bon renom de cette marque au moment de l'utilisation par le défendeur. Ainsi que l'a conclu le juge Wilberforce (tel était son titre à l'époque) dans *Norman Kark Publications Ltd. v. Odhams Press Ltd.*, [1962] R.P.C. 163 (Ch. D.), à la page 169:

[TRADUCTION] Le principe à observer est, à mon avis, celui qui s'applique dans tous les cas où le demandeur cherche à

protect a trade name (such name not being a registered trade mark), namely that the plaintiff must show that at the date of the user by the defendant of which he complains, he has a proprietary right in the goodwill of the name, or, in other words, that the name remains distinctive of some product of his, so that the use by the defendant of the name is calculated to deceive.

However, given the clear language of the notice of discontinuance sent to subscribers (especially in view of the fact that the subscribers were members of a relatively small, sophisticated pool of consumers) and the fact that the plaintiff has started a new tax service under a different title, it appears to me that if there were any residual goodwill of CCH in the titles at the time of the termination of the agreement, there was a complete lack of effort by the plaintiff to preserve it so as to entitle the plaintiff to attempt to enjoin others from using it. If CCH had any reputation in the mind of the former subscribers, in my opinion it would be that of the former publisher of the ACCESS services. See *Norman Kark, supra*, at page 176. CCH submitted that it viewed the WINDOW publication as a "successor" to the ACCESS service, and only used the WINDOW title instead of ACCESS because the law firm with which it prepared WINDOW did not wish to become embroiled in a trade mark dispute. Notwithstanding its understanding with the law firm, the message to the public in my view was that CCH was no longer publishing under the ACCESS titles.

This clear abandonment by CCH would, in my view, make it difficult for CCH to argue that there was any deception of the public as to the source of the ACCESS services. The essence of any passing off action is a misrepresentation that one's goods are someone else's or otherwise associated with that person. As misrepresentation as to source appears unlikely to succeed, any misrepresentation resulting in passing off would likely have to be as to the content or nature of the services. This too would be problematic, as it appears that the ACCESS service published by Butterworths is substantially similar to that published by CCH. However, any differences in the services is in my view a matter to be resolved at trial.

protéger un nom commercial (qui n'est pas une marque de commerce déposée), savoir que le demandeur doit prouver qu'à la date de l'utilisation par le défendeur, dont il se plaint, il détient un droit de propriété sur le bon renom de ce nom, autrement dit que ce nom demeure le trait distinctif de son produit, à tel point qu'une utilisation par le défendeur est un effort délégué d'induire en erreur.

Cependant, étant donné le libellé sans équivoque de l'avis de cessation de publication envoyé aux abonnés (d'autant plus que ceux-ci font partie d'un groupe relativement restreint d'utilisateurs avisés) et étant donné que la demanderesse a lancé un nouveau service de documentation fiscale sous un autre titre, il appert que si CCH avait retenu quelque droit que ce soit sur le bon renom au moment de la résiliation du contrat, elle n'a fait absolument aucun effort pour protéger ce droit de manière à l'habiller à en faire interdire l'utilisation aux autres. Si CCH jouissait d'une réputation quelconque dans l'esprit des anciens abonnés, il me semble que ce serait à titre d'ancien éditeur des services ACCESS: voir *Norman Kark, supra*, à la page 176. CCH fait valoir qu'à ses yeux la publication WINDOW est un «successeur» du service ACCESS, et que si elle a employé le titre WINDOW au lieu d'ACCESS, c'était parce que l'étude d'avocats avec laquelle elle composait le service WINDOW ne tenait pas à se trouver mêlée à un conflit de marque de commerce. Cette convention avec l'étude d'avocats n'empêche pas que le message envoyé au public était, à mon avis, que CCH ne publiait plus sous les titres ACCESS.

Cet abandon sans équivoque par CCH fait, à mon avis, qu'elle aurait du mal à faire valoir la tromperie du public sur la source des services ACCESS. La question qui est au cœur de toute action en *passing off* est le fait de faire passer ses propres marchandises pour celles d'un autre ou de faire penser qu'elles ont un rapport avec cette autre personne. Comme l'argument de tromperie sur la source ne réussira probablement pas, le chef de *passing off* devra être probablement centré sur le contenu ou la nature des services en cause. Le résultat serait tout aussi problématique, puisqu'il appert que le service ACCESS publié par Butterworths est essentiellement semblable à celui publié par CCH. Cependant, toute différence entre les deux services est, à mon avis, une question à trancher au procès proprement dit.

Second, while the parties' understanding as to the ownership of the trade marks in the titles is not conclusive of the issue, to the extent that such understanding is relevant, the weight of the evidence on this injunction application leads me to believe that the implied understanding between the parties was that the defendants would own the trade marks in the titles. A reading of the contract between Dacfo, Désy and CCH buttresses this argument. It appears clear that CCH was given the role of a mere licensee to publish the service, without any control over the copyright in the work.

Despite my doubts as to its ultimate success, it is still possible that evidence could be led at trial that would establish that there is residual goodwill in the trade marks sufficient to support an action for passing off. I would therefore conclude that the plaintiff has satisfied the burden upon it of demonstrating a serious issue to be tried.

Copyright

Considerable argument was devoted to the issue of copyright, and whether Dacfo's ownership of the copyright in the service extended to the ACCESS titles. The plaintiff takes the position that there can be no copyright in a mere title. The defendants submit that pursuant to section 2 of the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, a work "includes the title thereof when such title is original and distinctive", and that accordingly copyright in a literary work includes copyright in its title as one aspect of that work.

In my opinion, the defendants are correct in stating that the copyright protection extends to the title. However, it was clearly held in *British Columbia v. Mihajlevic* (1989), 26 C.P.R. (3d) 184 (B.C.S.C.) at page 190 that a registration of copyright in a work cannot be used as a basis to restrain another from using the title as a trade mark. Therefore, the defendants' copyright is not a bar to a passing off action by the plaintiff.

En second lieu, bien que la convention entre les parties en ce qui concerne la propriété des marques de commerce constituant les titres ne soit pas concluante pour la solution du conflit, si tant est que cette convention ait un effet quelconque, les preuves produites dans le cadre de cette requête en injonction me portent à croire que la convention implicite entre les parties était que les défenderesses seraient les propriétaires des marques de commerce constituant les titres en cause. Une lecture du contrat passé entre Dacfo, Désy et CCH vient renforcer cet argument. Il ressort à l'évidence que CCH assumait le rôle d'un simple concessionnaire de la publication du service, sans aucun contrôle sur le droit d'auteur afférent à l'ouvrage.

Malgré mes doutes quant au succès ultime, il est toujours possible que des preuves soient produites au procès qui établiraient un droit résiduel sur le bon renom des marques de commerce, droit suffisant pour soutenir une action en *passing off*. Je conclus en conséquence que la demanderesse a fait la preuve, qui lui incombe, qu'il y a une question importante à trancher.

Droit d'auteur

Les parties ont longuement argumenté sur la question du droit d'auteur, et sur celle de savoir si le droit d'auteur, que détenait Dacfo sur le service, s'étendait aux titres ACCESS. La demanderesse soutient qu'un simple titre ne peut faire l'objet d'un droit d'auteur. Les défenderesses soutiennent de leur côté que selon l'article 2 de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), chap. C-42, «est assimilé à une œuvre le titre de l'œuvre lorsque celui-ci est original et distinctif», et qu'en conséquence, le droit d'auteur sur une œuvre littéraire embrasse aussi le titre qui est un élément de cette œuvre.

Je conviens avec les défenderesses que la protection du droit d'auteur s'étend au titre. Cependant, il a été expressément jugé dans *British Columbia v. Mihajlevic* (1989), 26 C.P.R. (3d) 184 (C.S.C.-B.), à la page 190, que l'enregistrement du droit d'auteur sur une œuvre ne peut servir à faire interdire à quelqu'un d'autre d'utiliser le titre de cette œuvre comme marque de commerce. En conséquence, le fait que les défenderesses détiennent le droit d'auteur ne consti-

Having determined from the foregoing that there is a serious issue to be tried, I will now address the issues of irreparable harm and balance of convenience.

Irreparable Harm/Balance of Convenience

In *Turbo Resources*, Stone J.A. summarized the factors that could be weighed in the balance once the serious issue test is met, at pages 473-474:

(a) where a plaintiff's recoverable damages resulting in the continuance of the defendant's activities pending trial would be an adequate remedy that the defendant would be financially able to pay, an interlocutory injunction should not normally be granted;

(b) where such damages would not provide the plaintiff an adequate remedy but damages (recoverable under the plaintiff's undertaking) would provide the defendant with such a remedy for the restriction on his activities, there would be no ground for refusing an interlocutory injunction;

(c) where doubt exists as to the adequacy of these remedies in damages available to either party, regard should be had to where the balance of convenience lies;

(d) where other factors appear to be evenly balanced, it is prudent to take such measures as will preserve the *status quo*;

(e) where the evidence on the application is such as to show one party's case to be disproportionately stronger than the other's, this factor may be permitted to tip the balance of convenience in that party's favour provided the uncompensatable disadvantage to either party would not differ widely;

(f) other unspecified special factors may possibly be considered in the particular circumstances of individual cases.

Applying the first of Stone J.A.'s guidelines, in my opinion, the plaintiff has not established irreparable harm for which damages would not be an appropriate remedy. There was insufficient evidence led by the plaintiff to establish that there was a loss of goodwill or reputation by virtue of the alleged use of its unregistered trade mark. As Heald J.A. recently held in the recent case of *Syntex Inc. v. Novopharm Ltd.*, *supra*, evidence as to irreparable harm must be clear, and not speculative. In addition, Butterworths has undertaken to keep records in connection with the

tue pas une exception à l'action en *passing off* de la demanderesse.

Ayant conclu de ce qui précède qu'il y a une question importante à trancher, je me penche maintenant sur la question du préjudice irréparable et de la balance des préjudices de part et d'autre.

Préjudice irréparable/balance des préjudices

Dans *Turbo Resources*, le juge Stone J.C.A. résume comme suit les facteurs qui pourraient entrer en ligne de compte une fois établi qu'il y a une question importante à trancher, en pages 473 et 474:

a) lorsque les dommages-intérêts que le demandeur pourrait obtenir à l'égard de la poursuite par le défendeur de ses activités pendant l'instance indemniserait adéquatement le demandeur et seraient à la mesure des moyens financiers du défendeur, l'injonction interlocutoire ne devrait normalement pas être accordée;

b) lorsque de tels dommages-intérêts n'indemnifieraient pas le demandeur adéquatement mais que des dommages-intérêts (recouvrables en vertu de l'engagement du demandeur) suffiraient à compenser le préjudice subi par le défendeur à la suite de la limitation de ses activités, il n'existerait aucun motif justifiant le refus d'une injonction interlocutoire;

c) lorsqu'il est douteux que le redressement en dommages-intérêts pouvant s'offrir à l'une ou à l'autre partie soit adéquat, il doit être tenu compte de la répartition des inconvénients;

d) lorsque les autres facteurs en jeu tendent à s'équilibrer, il est prudent de prendre des mesures qui préserveront le statu quo;

e) lorsque les éléments de preuve présentés avec la requête font apparaître la cause d'une partie comme beaucoup plus forte que celle de l'autre, la répartition des inconvénients pourra être considérée comme favorisant cette première partie pourvu que les préjudices irréparables subis par les parties respectivement ne soient pas très disproportionnés;

f) d'autres facteurs particuliers qui ne sont pas précisés peuvent être considérés dans les circonstances particulières des différentes espèces.

Appliquant le premier principe directeur esquissé ci-dessus par le juge Stone, J.C.A. aux faits de la cause, je constate que la demanderesse n'a pas fait la preuve d'un préjudice irréparable auquel des dommages-intérêts ne sauraient remédier. La demanderesse n'a pas produit les preuves suffisantes pour établir que son bon renom pâtira de la soi-disant utilisation de sa marque de commerce non enregistrée. Ainsi que l'a récemment décidé le juge Heald J.C.A. dans *Syntex Inc. v. Novopharm Ltd.*, *supra*, la preuve du préjudice irréparable doit être concluante et non pas

sale of all subscriptions to the service, which would provide a ready base for calculation of any damages that may be ordered at trial.

As for the balance of convenience, I am also convinced that it lies in the defendants' favour. The defendants have invested considerable sums in the production and promotion of the ACCESS services, while CCH made the decision to cease publication of the services, and then re-enter the market with a differently-titled service. In my view, this *status quo* should be maintained pending trial.

CCH attempted to portray the actions of Butterworths in publishing the ACCESS service as being in that line of cases where the defendants' acts were in the nature of a calculated risk, saying that they in effect entered the field "with their eyes wide open" to the chance that there was a trade mark in the name taken. See *Joseph E. Seagram v. Andres Wines Ltd.*, *supra*. I cannot accept this characterization of Butterworths' actions. It only entered the field after the termination of the agreement by CCH, and determining that Dacfo held both the registered trade marks and the copyright. Its conduct was exemplary throughout, advising CCH of its intentions to publish the new service, and at all times CCH knew of Butterworths' plans for the service.

I am also of the opinion that to grant the injunction would in effect dispose of the action. As the defendants state, if they are enjoined at this stage, they will have to re-title the service pending trial. If the injunction is removed at trial, it would be impractical for the service to revert to the ACCESS titles after publishing for some time under a new title.

Finally, CCH submitted that the relationship between the parties should be a matter to be considered under the balance of convenience. He submits that as Désy and his firm Martineau Walker have in the past been retained to provide CCH with legal advice, there is therefore a fiduciary relationship

conjecturale. Par ailleurs, Butterworths s'est engagée à tenir la comptabilité de tous les abonnements au service, ce qui permettrait de calculer facilement les dommages-intérêts qui pourraient être prononcés le cas échéant.

Pour ce qui est de la balance des préjudices de part et d'autre, je suis aussi convaincu qu'elle penche du côté des défenderesses. Celles-ci ont investi des sommes considérables dans la production et la promotion des services ACCESS alors que CCH a décidé de cesser la publication de ces services, puis de revenir sur le marché avec un service doté d'un titre différent. À mon avis, il faut maintenir le *status quo* en attendant le procès.

CCH a entrepris d'assimiler la publication par Butterworths du service ACCESS aux cas où le défendeur prend un risque calculé, en ce qu'en l'espèce, les défenderesses ont pris pied sur le marché [traduction] «parfaitement conscientes» de la possibilité que la marque de commerce constituant le titre avait été prise: voir *Joseph E. Seagram c. Andres Wines Ltd.*, *supra*. Je ne saurais accepter cette caractérisation des actions de Butterworths. Elle n'est entrée sur le marché qu'après que CCH eut résilié le contrat, et après avoir conclu que Dacfo était propriétaire à la fois des marques de commerce et du droit d'auteur. Elle a fait preuve tout au long d'une conduite exemplaire, en informant CCH de son intention de publier le nouveau service, et pendant tout ce temps, CCH était au courant des plans de Butterworths pour le service.

J'estime aussi qu'accorder une injonction en cet état de la cause reviendrait en fait à trancher l'action principale. Ainsi que l'ont fait remarquer les défenderesses, une interdiction ordonnée en cet état de la cause les obligerait à trouver un autre titre pour le service en attendant le procès. Si l'injonction est rapportée au moment du procès, il serait inutile pour le service de reprendre les titres ACCESS après avoir été publié sous un autre pendant une période plus ou moins longue.

Enfin, CCH soutient que les liens entre les parties doivent entrer en ligne de compte dans l'examen de la balance des préjudices réciproques. Que Désy et son étude Martineau Walker avaient été par le passé les conseils de CCH, et qu'il y a en conséquence un lien de confiance entre les parties. Ce lien donne lieu

between the parties. This relationship creates an equity which runs against Dacfo being able to retain the trade marks, in that Dacfo should have been placed under a duty to disclose fully all its trade mark activities, and not to have relied on an implicit understanding with Lata.

It is true that a lawyer may owe a fiduciary duty to a former client if he has gained an advantage or special knowledge from that relationship. In *Korz v. St. Pierre et al.* (1987), 61 O.R. (2d) 609 (C.A.), a solicitor had failed to disclose to his former clients with whom he had gone into business that he was judgment proof. The Court, in ruling that he was required to make disclosure of this fact, made the following observations [at page 618]:

As a result of the possession by the lawyer of special and confidential information pertaining to clients, he should not take advantage of that position of superiority if he enters into a transaction with them. If he is entering into such a transaction, the lawyer is bound to make a full disclosure of his position so that the client is not placed at a disadvantage. The ethics of the profession and fairness require that such a disclosure be made. To hold otherwise would place lawyers in an unfairly advantageous position. They would be able to benefit from the special and confidential information obtained from their clients in the course of advising them on legal problems, while permitting lawyers to surreptitiously avoid the very risks they know are being assumed by their clients. This principle must apply in many instances to former clients as well as current clients.

However, I am not satisfied that this is a case where it could be said that Désy had acquired special knowledge or advantages as a lawyer for CCH that would lift this transaction out of the ordinary commercial setting, and into a fiduciary relationship. I would add in passing that in my view the use of the fiduciary concept in the commercial context should be approached with care. While, as Stone J.A. notes in *Turbo*, unspecified special factors may be considered in the balance of convenience in certain circumstances, I would also observe the admonition of Sopinka J. in *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574. Sopinka J. stated, at page 596, concerning the imposition of fiduciary obligations in business dealings, "equity's blunt tool must be reserved for situations that are truly in need of the special protection that equity affords."

à une situation de droit qui, en *equity*, interdit à Dacfo de retenir les marques de commerce, en ce que Dacfo aurait dû être tenue à l'obligation de divulguer intégralement tout ce qu'elle faisait au sujet de ces marques de commerce, au lieu de s'en remettre à une convention implicite avec Lata.

Il est vrai qu'un avocat peut être tenu à une obligation fiduciaire envers un ancien client, s'il a tiré un avantage ou une connaissance spéciale de ses rapports avec ce client. Dans *Korz v. St. Pierre et al.* (1987), 61 O.R. (2d) 609 (C.A.), un avocat n'avait pas révélé à d'anciens clients avec lesquels il s'était associé qu'il était insolvable au point d'être à l'abri des jugements. La Cour, en décidant qu'il était tenu à l'obligation de révéler ce fait, s'est prononcée en ces termes [à la page 618]:

[TRADUCTION] L'avocat se trouvant en possession de renseignements spéciaux et confidentiels au sujet de ses clients, ne doit pas tirer parti de cette position avantageuse lorsqu'il conclut une transaction avec eux. S'il conclut pareille transaction, il est tenu de révéler intégralement ce qu'il sait pour que son client n'en soit pas désavantagé. La déontologie et l'équité requièrent cette divulgation. Autrement les avocats jouiraient indûment d'une position avantageuse et seraient en mesure de tirer parti d'informations spéciales et confidentielles reçues des clients qui les consultaient sur des questions juridiques, tout en évitant subrepticement les risques qu'ils savent assumés par leurs clients. Ce principe doit s'appliquer dans de nombreux cas à l'égard d'anciens clients autant qu'à l'égard des clients actuels.

Cependant je ne suis pas convaincu qu'on puisse dire en l'espèce que Désy a acquis des informations spéciales ou un avantage de par sa qualité d'avocat de CCH, qui feraient que cette transaction, de relations d'affaires ordinaires, est devenue rapports de confiance. J'ajouterais en passant qu'il faut envisager avec circonspection le concept d'obligation fiduciaire dans le contexte commercial. S'il est vrai, comme l'a conclu le juge Stone J.C.A. dans *Turbo*, que des facteurs particuliers non précisés peuvent être considérés dans certains cas, je dois aussi observer cette mise en garde faite par le juge Sopinka dans *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, à la page 596, au sujet des obligations fiduciaires dans les opérations commerciales: « on ne doit avoir recours au moyen brutal employé en *equity* que dans les situations où la protection spéciale de l'*equity* se révèle vraiment nécessaire ».

DISPOSITION

In my opinion, while it is possible that there may be a serious issue to be tried, I am not convinced that the plaintiff has established that irreparable harm will result if the injunction is refused, or that the balance of convenience is in its favour. Therefore, the application will be dismissed.

DÉCISION

Tout en concluant à la possibilité qu'il y ait une question importante à trancher, je ne suis pas convaincu que la demanderesse ait prouvé qu'elle subirait un préjudice irréparable si elle n'obtenait pas une injonction interlocutoire, ou que la balance des préjudices réciproques penche en sa faveur. En conséquence, la demande sera rejetée.

A-160-90

Her Majesty the Queen in Right of Canada as represented by the Attorney General (Appellant) (Defendant)

v.

Brewer Bros., Howard Copeland, Elie Dorge, Donald Duffy, Gisli Eirikson, Alex Gorr & Sons, Allan Hauser, Franklin Heck, Hutterian Brethren of Erskine, Hutterian Brethren of Pleasant Valley, Thomas J. Lund, Tyrone Lund, Dan MacFadyen, Jack MacFadyen, 7M Acres Ltd., Ronald Metzger, Moran Farm Ltd., George Paul, Dale and Robert Peterson, Hazel Peterson, G. W. Pogmore, Walter Riehl and Larry Weimer (Respondents) (Plaintiffs)

INDEXED AS: BREWER BROS. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (C.A.)

Court of Appeal, Heald, Stone and Décary JJ.A.—Winnipeg, January 14-18; Ottawa, May 21, 1991.

Crown — Torts — Negligence — Appeal and cross-appeal from decision Canadian Grain Commission liable in damages — Producers delivering grain for which not paid — Elevator operator's financial situation rated poor — Security posted insufficient to meet grain producers' claims — Commission not taking timely action despite information received on licensed operator's financial difficulties — Commission must be satisfied as to sufficiency of security, licensee's financial ability to carry on business under Canada Grain Act, s. 36(1)(c) — Duty of care not met — Case law reviewed — Act, s. 36(1)(c) interpreted — Policy and operational decisions distinguished — Breach of standard of care causing losses claimed — Purely economic loss recoverable — No contributory negligence — Damages properly assessed.

Agriculture — Canadian Grain Commission held liable to producers for negligence in failing to take timely action when aware licensed elevator operator in financial difficulties — Security posted insufficient to satisfy claims — Producers not guilty of contributory negligence in entering into deferred pricing arrangements with operator.

A-160-90

Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le procureur général (appelante) (défenderesse)

c.

Brewer Bros., Howard Copeland, Elie Dorge, Donald Duffy, Gisli Eirikson, Alex Gorr & Sons, Allan Hauser, Franklin Heck, Hutterian Brethren of Erskine, Hutterian Brethren of Pleasant Valley, Thomas J. Lund, Tyrone Lund, Dan MacFadyen, Jack MacFadyen, 7M Acres Ltd., Ronald Metzger, Moran Farm Ltd., George Paul, Dale et Robert Peterson, Hazel Peterson, G. W. Pogmore, Walter Riehl et Larry Weimer (intimés) (demandeurs)

RÉPERTORIÉ: BREWER BROS. c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.A.)

Cour d'appel, juges Heald, Stone et Décary, J.C.A.—Winnipeg, 14 au 18 janvier; Ottawa, 21 mai 1991.

Couronne — Responsabilité délictuelle — Négligence — Appel et appel incident à l'encontre d'un jugement ayant conclu à la responsabilité délictuelle de la Commission canadienne des grains — Livraisons de grains non payés aux producteurs — La situation financière de l'exploitant de l'élevateur avait reçu la cote «mauvaise» — La garantie déposée était insuffisante pour satisfaire aux réclamations des producteurs de grains — La Commission n'a pas agi en temps voulu malgré les informations reçues sur les difficultés financières de l'exploitant titulaire de permis — La Commission doit, aux termes de l'art. 36(1)(c) de la Loi sur les grains du Canada, s'assurer du caractère suffisant de la garantie et de la capacité financière du titulaire de poursuivre l'exploitation de l'entreprise — Manquement à l'obligation de diligence — Examen de la jurisprudence — Interprétation de l'art. 36(1)(c) — Distinction entre décisions de politique et décisions opérationnelles — La violation de la norme de prudence est la cause des pertes alléguées — Possibilité d'être indemnisé pour le préjudice purement financier — Pas de négligence concourante — Dommages correctement évalués.

Agriculture — La Commission canadienne des grains a été tenue responsable de négligence envers les producteurs pour n'avoir pas agi en temps voulu après avoir été mise au courant des difficultés financières d'un exploitant d'élevateur titulaire de permis — La garantie déposée était insuffisante pour satisfaire aux réclamations — Les producteurs n'ont pas commis de négligence concourante en concluant avec l'exploitant des ententes d'établissement reporté des prix.

Collier J. found the Crown liable in negligence and awarded damages to the respondents over and above their share in the proceeds of a bond posted as security with the Canadian Grain Commission, a government agency, by Memco Limited, a licensed operator of a producer elevator. The respondents were grain producers who, from October 3, 1979 to March 25, 1982, delivered truckloads of grain to Memco for which they had not been paid. After the Commission had realized that the self-reporting system of licensees' outstanding liabilities was ineffective, it decided in April 1981 to change its licensing and reporting program and to review the financial situation of a number of licensees on the basis of information contained in the Commission's files. The reviewing officer rated Memco's financial condition as poor, pointing out certain danger signals and suggesting that a \$600,000 security would be adequate. Despite these warning signals, neither an audit nor an inspection of Memco was carried out between August 1981 and March 1982. And even though the Commission received information in May 1982 that Memco had not disclosed a number of large grain producers' claims and that the company's liabilities stood at approximately \$1,300,000, it did not ask for an increase of the security already posted. When Memco had its licence cancelled by the Commission in June 1982 and was placed in receivership the following month, it was discovered that its total liability to grain producers stood at \$1,430,000. The Commission had to realize on the existing security of \$600,000.

Some 8 issues were raised upon this appeal: (1) whether the Trial Judge misconstrued the Act; (2) whether there was a duty of care owed to the respondents; (3) what was the standard of care; (4) whether there was a breach of the standard of care; (5) whether the breach caused the losses claimed; (6) whether a government agency can be held liable in negligence for purely economic loss; (7) whether the plaintiffs were contributorily negligent; and (8) whether the damages were properly assessed.

Held, the appeal should be dismissed; the cross-appeal should be allowed.

(1) Under paragraph 36(1)(c) of the Act, the Commission had an obligation to be satisfied not only as to the sufficiency of security but also as to the licensee's financial ability to carry on the business to which the licence related.

(2) Paragraph 36(1)(c) was enacted for the protection of those grain producers who are holders of documents by requiring the posting of security sufficient to meet a licensee's "obligations" to them. As to the existence of a duty of care, which is essential to a cause of action in negligence, the test for determining whether a government agency owes a private law duty of care formulated by the House of Lords was recently applied by the Supreme Court in *Just v. British Columbia*. According to that test, there must be a sufficient relationship of proximity or neighbourhood between the alleged wrongdoer and the victim such that carelessness by the former may be likely to cause

Le juge Collier a tenu la Couronne responsable de négligence et a accordé aux intimés des dommages-intérêts proportionnels à leur part dans le produit d'un cautionnement déposé à titre de garantie auprès de la Commission canadienne des grains, un organisme gouvernemental, par Memco Limited, titulaire d'un permis d'exploitant d'élevateur de conditionnement. Les intimés étaient des producteurs de grains qui, du 3 octobre 1979 au 25 mars 1982, ont livré à Memco des chargements sur camion de grains, sans en recevoir paiement. Après avoir constaté l'inefficacité du système de déclaration volontaire des impayés par les titulaires de permis, la Commission a décidé, en avril 1981, de modifier son programme de permis et de déclarations, et d'examiner la situation financière d'un certain nombre de titulaires sur la base des renseignements contenus dans ses dossiers. L'agent chargé de l'examen a attribué à la situation financière de Memco la cote mauvaise; il a relevé certains signes de danger et suggéré qu'il y aurait lieu d'exiger une garantie de 600 000 \$. Malgré ces mises en garde, Memco n'a fait l'objet d'aucune vérification ni d'aucun examen entre août 1981 et mars 1982. Et bien que la Commission ait été informée, en mai 1982, du fait que Memco n'avait pas divulgué certaines réclamations élevées des producteurs et que ses impayés s'élevaient à environ 1 300 000 \$, elle n'a pas demandé d'augmentation de la garantie déjà fournie. Lorsque le permis de Memco a été révoqué par la Commission en juin 1982 et que l'entreprise a été mise sous séquestre le mois suivant, on a découvert que les dettes totales qu'elle avait contractées envers les producteurs de grains s'élevaient à 1 430 000 \$. La Commission a dû réaliser la garantie existante de 600 000 \$.

Huit questions ont été soulevées dans le présent appel: (1) Le juge de première instance a-t-il mal interprété la Loi? (2) Existait-il une obligation de diligence au profit des intimés? (3) Quelle était la norme de prudence? (4) Y a-t-il eu violation de cette norme? (5) Cette violation a-t-elle été la cause des pertes alléguées? (6) Un organisme gouvernemental peut-il être tenu responsable de négligence dans le cas d'un préjudice purement financier? (7) Y a-t-il eu négligence concourante de la part des demandeurs? Et enfin, (8) les dommages ont-ils été correctement évalués?

Arrêt: il y a lieu de rejeter l'appel et d'accueillir l'appel incident.

(1) Aux termes de l'alinéa 36(1)(c) de la Loi, la Commission avait l'obligation de s'assurer non seulement du caractère suffisant de la garantie, mais également de la capacité financière du titulaire de poursuivre l'exploitation visée par le permis.

(2) L'adoption de l'alinéa 36(1)(c) avait pour but de protéger les producteurs de grains détenteurs de documents en obligeant les titulaires de permis à donner une garantie suffisante pour assurer le respect de leurs «engagements» envers eux. En ce qui concerne l'existence d'une obligation de diligence, élément essentiel à toute cause d'action fondée sur la négligence, le critère qu'a formulé la Chambre des lords pour déterminer si un organisme gouvernemental a une obligation de diligence relevant du droit privé a été appliqué récemment par la Cour suprême dans l'arrêt *Just c. Colombie-Britannique*. Suivant ce critère, il doit exister entre l'auteur allégué de la faute et la

damage to the latter. Since Parliament has expressly provided for the protection of interests of members of a defined group (the holders of documents) by requiring the posting of security to the satisfaction of the Commission, there was, in the case at bar, a relationship of proximity between the Commission and the respondents sufficient to give rise to a duty of care. Although the existence of a duty of care does not necessarily mean that a government agency such as the Commission will be found liable for negligence, the Act imposes an obligation upon the Commission to ensure that licensees maintain an adequate level of security and there is no statutory exemption from liability for failure to meet that obligation. In *Just v. British Columbia*, the Supreme Court has made a distinction between policy and operational decisions, pointing out that policy decisions should be exempt from tortious claims whereas the implementation of those decisions would be subject to claims in tort. Here, the implementation of the Commission's policy of replacing the former self-reporting system with a verification system involved a number of operational decisions and liability, if any, arose from these decisions. The appellant could not therefore be exempt from liability on the ground that the decisions made were policy decisions.

(3) The appropriate standard of care to be applied was whether the Commission acted reasonably in the light of all the surrounding circumstances.

(4) The Commission could not rely on a lack of available personnel to explain the delay in carrying out the Memco audit. The Trial Judge found as a fact that Memco had been "bumped" on lists of priority and that the Commission did not audit, inspect, visit or even contact Memco between August 1981 and mid-February 1982 despite its poor financial condition. Contrary to the Regulations, Memco's total liabilities were never verified by statutory declarations. Moreover, the Commission did nothing to induce an increase in the level of the posted security over a six-month period after the licensee's weak financial position was brought to its attention. Therefore, the Crown's negligence did not consist of a single act or omission which occurred at a precise moment but was in fact cumulative.

(5) A plaintiff is required to prove, on a balance of probabilities, that but for the defendant's negligence he would not have suffered the injury of which he complains. In the case at bar, the Trial Judge was justified in inferring that, had it not been for the negligence of the appellant in failing to require sufficient security, the respondents' losses would have been avoided. Their damages were reasonably foreseeable and flowed directly from that negligence.

(6) Although courts have traditionally considered economic loss as not recoverable unless the negligence also caused physical loss or damage, purely economic loss is recoverable if "as

victime un lien suffisamment étroit de proximité ou de voisinage pour que le manque de diligence du premier soit susceptible de causer un préjudice à cette dernière. Le Parlement ayant prévu expressément la protection des intérêts des membres d'un groupe défini (les détenteurs de documents) en exigeant le dépôt d'une garantie à la satisfaction de la Commission, il y avait en l'espèce, entre la Commission et les intimés, une relation de proximité suffisante pour donner naissance à une obligation de diligence. Bien que l'existence d'une obligation de diligence ne signifie pas nécessairement qu'un organisme, telle la Commission, sera tenu responsable de négligence, la Loi impose à la Commission l'obligation de veiller à ce que les titulaires de permis maintiennent un niveau de garantie adéquat et aucune exonération de responsabilité n'est prévue en cas d'inexécution de cette obligation. Dans l'arrêt *Just c. Colombie-Britannique*, la Cour suprême a établi une distinction entre décisions de «politique» et décisions «opérationnelles», soulignant que les décisions de politique devraient être à l'abri des poursuites en responsabilité délictuelle, tandis que leur application engagerait cette même responsabilité. En l'espèce, la mise en œuvre de la politique de la Commission visant à substituer un système de vérification au système d'autosurveillance antérieur a nécessité un certain nombre de décisions opérationnelles. Ce sont ces décisions qui, le cas échéant, pouvaient engager sa responsabilité. L'appelante ne pouvait donc pas être exonérée de toute responsabilité au motif que les décisions prises étaient des décisions de politique.

(3) La norme de diligence applicable se résume à la question de savoir si la Commission a agi de façon raisonnable compte tenu de toutes les circonstances.

(4) La Commission ne pouvait invoquer le manque de personnel pour expliquer le retard mis à effectuer la vérification de Memco. Le juge de première instance a conclu à la lumière des faits que Memco avait été «reportée» sur la liste des priorités et que la Commission n'a ni vérifié, ni inspecté, ni visité, ni même contacté Memco entre août 1981 et la mi-février 1982, en dépit de sa situation financière précaire. Contrairement au Règlement, les montants correspondant au total dû par Memco n'ont jamais été vérifiés par des déclarations officielles. De plus, la Commission n'a rien fait pour exiger une augmentation du niveau de la garantie au cours des six mois qui ont suivi le moment où la situation financière précaire du titulaire a été portée à son attention. Par conséquent, la négligence de la Couronne n'a pas consisté en un seul acte ni en une seule omission, mais a été en fait cumulative.

(5) Le demandeur doit démontrer d'après la prépondérance des probabilités que, n'eût été la conduite délictueuse du défendeur, il n'aurait pas subi le préjudice reproché. En l'espèce, le juge de première instance était fondé à conclure que, n'eût été la négligence que l'appelante a commise en omettant d'exiger une garantie suffisante, les préjudices subis par les intimés auraient pu être évités. Ces préjudices étaient raisonnablement prévisibles et découlaient directement de cette négligence.

(6) Bien que, traditionnellement, les tribunaux aient jugé que le préjudice financier ne pouvait faire l'objet d'une indemnisation que si la négligence avait également causé des pertes ou

a matter of statutory interpretation it is a type of loss the statute intended to guard against". In the present case, the purpose of paragraph 36(1)(c) of the *Canada Grain Act* is the protection of persons in the position of the respondents as "holders of documents"; thus the "obligations" which Parliament sought to protect could only be "the payment of money or delivery of grain" or, in other words, in respect of a loss that is financial or purely economic in nature. The respondents' losses were recoverable although purely economic.

(7) The appellant's contention, that the respondents were guilty of contributory negligence by entering into deferred pricing arrangements with Memco and thereby delaying the time at which grain was sold and its price actually paid, was ill-founded. The respondents were the beneficiaries of the security scheme and not its debtors. The practice of deferring the payment of prices was well established and well known to the Commission itself. The respondents were reasonably entitled to rely on the security held by the Commission; they did not contribute to their losses.

(8) As to assessment of damages, appellant contended that the difference between the price of the grain as initially agreed to and the price subsequently enhanced by agreement between the vendor and the purchaser was not compensable. The answer to that question is provided by paragraph 36(1)(c) of the Act. Debts are recoverable only if they fall within the term "obligations". The damages claimed should not exclude this portion of the sale price.

The cross-appeal had to be allowed, the Trial Judge having erred in deducting from the claim of each respondent the interest earned on his *pro rata* share of the principal amount of the security proceeds between the realization thereof and the date of distribution. The cross-appellants were the only persons having a proprietary interest in the fund and the interest thereon. Proceeds of the bond were for their exclusive benefit. The Commission had no share in the proceeds and would receive a windfall if the interest were applied so as to reduce its liability in damages. His Lordship did not, however err in failing to consider one of the claims for negligent misstatement based on *Hedley Byrne*. The weight to be accorded the evidence in that regard was for the Trial Judge to decide.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Grain Act, S.C. 1970-71-72, c. 7, ss. 2(19),(38), 5(1), 6(2), 8, 10(c), 11, 35(1),(2), 36(1), 38(1),(2), 65(2), 69(1), 77(1)(c),(2),(3).
Canada Grain Regulations, C.R.C., c. 889, ss. 18(a),(b), 20(c), 26(a).

dommages matériels, la perte financière peut donner lieu à indemnisation si, «selon l'interprétation de la loi, il s'agit d'un type de perte que la loi vise à prévenir». Or en l'espèce, le but visé par l'alinéa 36(1)c) de la *Loi sur les grains du Canada* est la protection des personnes qui se trouvent dans la situation des intimés à titre de «détenteurs de documents»; ainsi, les «engagements» dont le Parlement voulait assurer la protection ne pouvaient être que relatifs «aux versements de fonds ou à la livraison de grains» ou, en d'autres mots, relatifs à une perte de nature financière ou économique. Les préjudices des intimés étaient donc réparables nonobstant le fait qu'ils étaient purement financiers.

(7) Étaient sans fondement les allégations de l'appelante suivant lesquelles les intimés ont commis une négligence concourante en concluant avec Memco des ententes d'établissement reporté des prix, retardant ainsi le moment de la vente et du paiement effectif. Les intimés étaient les bénéficiaires du système de garantie, non ses débiteurs. La pratique des prix différenciés était bien établie et la Commission elle-même en était parfaitement au fait. Les intimés étaient raisonnablement justifiés de se fier à la garantie détenue par la Commission; ils n'ont pas contribué à leur préjudice.

(8) En ce qui concerne l'évaluation des dommages, l'appelante a soutenu qu'il ne pouvait y avoir indemnisation quant à la différence entre le prix du grain initialement convenu et le prix ultérieurement relevé suivant entente entre le vendeur et l'acheteur. La réponse à cette question se trouve à l'alinéa 36(1)c) de la Loi. Les dettes ne sont recouvrables que si elles entrent dans la définition du terme «engagements». Cette portion du prix de vente ne devrait pas être exclue des dommages-intérêts.

Il y avait lieu d'accueillir l'appel incident, le juge de première instance ayant commis une erreur en déduisant de la réclamation des intimés les intérêts accumulés sur la part proportionnelle de chacun dans le montant principal du produit de la garantie, entre la réalisation de celle-ci et la date de la distribution. Les appelants incidents étaient les seules personnes à détenir un droit de propriété sur le fonds et les intérêts afférents. Le produit du cautionnement était à leur bénéfice exclusif. La Commission n'ayant aucune part dans ce produit, elle bénéficierait donc d'une aubaine si les intérêts venaient réduire sa responsabilité quant aux dommages-intérêts. Le juge n'a toutefois pas commis d'erreur en ne statuant pas sur la demande en dommages-intérêts pour fausse déclaration négligente, fondée sur l'arrêt *Hedley Byrne*. C'est au juge de première instance qu'il appartenait de peser la preuve soumise à cet égard.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur les grains du Canada, S.C. 1970-71-72, chap. 7, art. 2(19),(38), 5(1), 6(2), 8, 10(c), 11, 35(1),(2), 36(1), 38(1),(2), 65(2), 69(1), 77(1)(c),(2),(3).
Règlement sur les grains du Canada, C.R.C. chap. 889, art. 18a),b), 20c), 26a).

CASES JUDICIALEMENT CONSIDÉRÉS

FOLLOWED:

Just v. British Columbia, [1989] 2 S.C.R. 1228; (1989); 64 D.L.R. (4th) 689; [1990] 1 W.W.R. 385; 103 N.R. 1; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 [H.L.]; *Murphy v. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398 (H.L.); *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311; (1990), 110 N.R. 200; *Kamloops (City of) v. Nielsen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 2; (1984), 10 D.L.R. (4th) 641; [1984] 5 W.W.R. 1; 29 C.C.L.T. 97.

APPLIED:

Stein et al. v. The Ship "Kathy K" et al., [1976] 2 S.C.R. 802; (1975), 62 D.L.R. (3d) 1; 6 N.R. 359; *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 S.C.R. 1247; (1987), 39 D.L.R. (4th) 465; 27 C.C.L.I. 51; 17 C.P.C. (2d) 204; 76 N.R. 212; *R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205; (1983), 143 D.L.R. (3d) 9; [1983] 3 W.W.R. 97; 23 CCLT 121; 45 N.R. 425; *Le Lievre v. Gould*, [1893] 1 Q.B. 491 (C.A.); *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.); *Munday (J.R.) Ld. v. London County Council*, [1916] 2 K.B. 331 (C.A.); *R. v. CAE Industries Ltd.*, [1986] 1 F.C. 129; (1985), 20 D.L.R. (4th) 347; [1985] 5 W.W.R. 481; 30 B.L.R. 236; 61 N.R. 19 (C.A.).

AFFIRMED:

Brewer Bros. v. Canada (Attorney General) (1990), 66 D.L.R. (4th) 71; 31 F.T.R. 190 (F.C.T.D.).

DISTINGUISHED:

Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co., [1990] 3 F.C. 114; (1990), 65 D.L.R. (4th) 321; 3 C.C.L.T. 229; 104 N.R. 321 (C.A.).

CONSIDERED:

Saskatchewan Wheat Pool v. R., [1981] 2 F.C. 212; (1980), 117 D.L.R. (3d) 70; 34 N.R. 74 (C.A.); *Caparo Industries Plc. v. Dickman*, [1990] 2 A.C. 605 (H.L.); *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works et al.*, [1974] S.C.R. 1189; (1973), 40 D.L.R. (3d) 530; [1973] 6 W.W.R. 692; *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228; (1986), 26 D.L.R. (4th) 1; [1986] 3 W.W.R. 216; 1 B.C.L.R. (2d) 324; 36 C.C.L.T. 87; 65 N.R. 261; *Davie Shipbuilding Limited v. The Queen*, [1984] 1 F.C. 461; 4 D.L.R. (4th) 546; 53 N.R. 50 (C.A.).

REFERRED TO:

Rothfield v. Manolacos, [1989] 2 S.C.R. 1259; (1989), 63 D.L.R. (4th) 449; [1990] 1 W.W.R. 408; 102 N.R. 249; *Yuen Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] A.C. 175 (P.C.); *Davis v. Radcliffe*, [1990] 2 All ER 536 (P.C.); *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1 (H.Ct.); *Wilsher v. Essex Area Health Authority*, [1988] A.C. 1074 (H.L.); *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.); *D. & F. Estates Ltd. v. Church Comrs. for England*, [1989] 1 A.C. 177 (H.L.); *Curran v. Northern Ireland Co-ownership*

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS SUIVIES:

Just c. Colombie-Britannique, [1989] 2 R.C.S. 1228; (1989); 64 D.L.R. (4th) 689; [1990] 1 W.W.R. 385; 103 N.R. 1; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.); *Murphy v. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398 (H.L.); *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; (1990), 110 N.R. 200; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen et autres*, [1984] 2 R.C.S. 2; (1984), 10 D.L.R. (4th) 641; [1984] 5 W.W.R. 1; 29 C.C.L.T. 97.

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Stein et autres c. Le navire «Kathy K» et autres, [1976] 2 R.C.S. 802; (1975), 62 D.L.R. (3d) 1; 6 N.R. 359; *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1247; (1987), 39 D.L.R. (4th) 465; 27 C.C.L.I. 51; 17 C.P.C. (2d) 204; 76 N.R. 212; *R. du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205; (1983), 143 D.L.R. (3d) 9; [1983] 3 W.W.R. 97; 23 CCLT 121; 45 N.R. 425; *Le Lievre v. Gould*, [1893] 1 Q.B. 491 (C.A.); *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.); *Munday (J.R.) Ld. v. London County Council*, [1916] 2 K.B. 331 (C.A.); *R. c. CAE Industries Ltd.*, [1986] 1 C.F. 129; (1985), 20 D.L.R. (4th) 347; [1985] 5 W.W.R. 481; 30 B.L.R. 236; 61 N.R. 19 (C.A.).

DÉCISION CONFIRMÉE:

Brewer Bros. c. Canada (Procureur général) (1990), 66 D.L.R. (4th) 71; 31 F.T.R. 190 (C.F. 1^{re} inst.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co., [1990] 3 C.F. 114; (1990), 65 D.L.R. (4th) 321; 3 C.C.L.T. 229; 104 N.R. 321 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Saskatchewan Wheat Pool c. R., [1981] 2 C.F. 212; (1980), 117 D.L.R. (3d) 70; 34 N.R. 74 (C.A.); *Caparo Industries Plc. v. Dickman*, [1990] 2 A.C. 605 (H.L.); *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works et autre*, [1974] R.C.S. 1189; (1973), 40 D.L.R. (3d) 530; [1973] 6 W.W.R. 692; *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228; (1986), 26 D.L.R. (4th) 1; [1986] 3 W.W.R. 216; 1 B.C.L.R. (2d) 324; 36 C.C.L.T. 87; 65 N.R. 261; *Davie Shipbuilding Limited c. La Reine*, [1984] 1 C.F. 461; 4 D.L.R. (4th) 546; 53 N.R. 50 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Rothfield c. Manolacos, [1989] 2 R.C.S. 1259; (1989), 63 D.L.R. (4th) 449; [1990] 1 W.W.R. 408; 102 N.R. 249; *Yuen Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] A.C. 175 (P.C.); *Davis v. Radcliffe*, [1990] 2 All ER 536 (P.C.); *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1 (H.Ct.); *Wilsher v. Essex Area Health Authority*, [1988] A.C. 1074 (H.L.); *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.); *D. & F. Estates Ltd. v. Church Comrs. for England*, [1989] 1 A.C. 177 (H.L.); *Curran v. Northern Ireland Co-ownership*

Housing Association Ltd., [1987] A.C. 718 (H.L.); *Peabody Donation Fund (Governors of) v. Sir Lindsay Parkinson & Co. Ltd.*, [1985] A.C. 210 (H.L.); *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co. Ltd.*, [1983] A.C. 520 (H.L.); *Bowen v Paramount Builders (Hamilton) Ltd.*, [1977] 1 NZLR 394 (C.A.); *Candlewood Navigation Corp. Ltd. v. Mitsui O.S.K. Lines Ltd.*, [1986] A.C. 1; [1985] 2 All ER 935 (P.C.); *Leigh and Silavan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co. Ltd.*, [1986] A.C. 785 (H.L.); *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. v. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 221; (1975), 55 D.L.R. (3d) 676; [1975] I.L.R. 1-675; 4 N.R. 547; *Haig v. Bamford et al.*, [1977] 1 S.C.R. 466; (1976), 72 D.L.R. (3d) 68; [1976] 3 W.W.R. 331; 27 C.P.R. (2d) 149; 9 N.R. 43; *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; (1986), 75 N.S.R. (2d) 109; 31 D.L.R. (4th) 481; 186 A.P.R. 109; 34 B.L.R. 187; 37 C.C.L.T. 117; 42 R.P.C. 161; *Morrison Steamship Co. Ltd. v. Greystoke Castle (Cargo Owners)*, [1947] A.C. 265 (H.L.); *Ross v. Caunters*, [1980] Ch. 297 (Ch.D.).

Housing Association Ltd., [1987] A.C. 718 (H.L.); *Peabody Donation Fund (Governors of) v. Sir Lindsay Parkinson & Co. Ltd.*, [1985] A.C. 210 (H.L.); *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co. Ltd.*, [1983] A.C. 520 (H.L.); *Bowen v Paramount Builders (Hamilton) Ltd.*, [1977] 1 NZLR 394 (C.A.); *Candlewood Navigation Corp. Ltd. v. Mitsui O.S.K. Lines Ltd.*, [1986] A.C. 1; [1985] 2 All ER 935 (C.P.); *Leigh and Silavan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co. Ltd.*, [1986] A.C. 785 (H.L.); *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. c. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 221; (1975), 55 D.L.R. (3d) 676; [1975] I.L.R. 1-675; 4 N.R. 547; *Haig c. Bamford et autres*, [1977] 1 R.C.S. 466; (1976), 72 D.L.R. (3d) 68; [1976] 3 W.W.R. 331; 27 C.P.R. (2d) 149; 9 N.R. 43; *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; (1986), 75 N.S.R. (2d) 109; 31 D.L.R. (4th) 481; 186 A.P.R. 109; 34 B.L.R. 187; 37 C.C.L.T. 117; 42 R.P.C. 161; *Morrison Steamship Co. Ltd. v. Greystoke Castle (Cargo Owners)*, [1947] A.C. 265 (H.L.); *Ross v. Caunters*, [1980] Ch. 297 (Ch.D.).

AUTHORS CITED

Cooke, Robin "An Impossible Distinction" (1991), 107 *L.Q. Rev.* 46. *d*
 Fleming, John G. "Requiem for Anns" (1990), 106 *L.Q. Rev.* 525.
Negligence after Murphy v. Brentwood DC, Legal Research Foundation, University of Auckland (March 7, 1991). *e*
Symposium on Recent Developments on Liability For Economic Negligence, sponsored by Canadian Business Law Journal and Faculty of Law, University of Toronto (April 19, 1991).

COUNSEL:

Brian H. Hay and *Karen Molle* for appellant (defendant).
Roland K. Laing for respondents (plaintiffs).

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellant (defendant).
Bennett, Jones, Verchere, Calgary, for respondents (plaintiffs). *h*

The following are the reasons for judgment rendered in English by

STONE J.A.: This appeal and cross-appeal are from a judgment of Mr. Justice Collier of the Trial Division rendered January 31, 1990 (Court File No. T-1453-84). By virtue of that judgment the appellant was found liable in negligence and was ordered to pay damages to the respondents over and above their *pro rata* share in the proceeds of a bond which had

DOCTRINE

Cooke, Robin «An Impossible Distinction» (1991), 107 *L.Q. Rev.* 46.
 Fleming, John G. «Requiem for Anns» (1990), 106 *L.Q. Rev.* 525.
Negligence after Murphy v. Brentwood DC., Legal Research Foundation, University of Auckland (7 mars 1991).
Symposium on Recent Developments on Liability For Economic Negligence, parrainé par le Canadian Business Law Journal et la Faculté de droit de l'Université de Toronto (19 avril 1991).

f AVOCATS:

Brian H. Hay et *Karen Molle* pour l'appelante (défenderesse).
Roland K. Laing pour les intimés (demandeurs).

g PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante (défenderesse).
Bennett, Jones, Verchere, Calgary, pour les intimés (demandeurs).

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

LE JUGE STONE, J.C.A.: Il s'agit d'un appel et d'un appel incident interjetés contre le jugement du juge Collier de la Section de première instance, rendu le 31 janvier 1990 (n° du greffe T-1453-84). En vertu de ce jugement, l'appelante a été tenue responsable de négligence et condamnée à verser aux intimés des dommages-intérêts proportionnels à leur part dans le

been posted as security with the Canadian Grain Commission (the "Commission") by Memco Limited ("Memco") of Red Deer, Alberta. The bond was required to be posted in connection with the issuance to Memco of a licence to operate a producer elevator pursuant to the provisions of the *Canada Grain Act*, S.C. 1970-71-72, c. 7 (the "Act"),¹ and the Regulations made thereunder. As the Commission was found to be liable only after a lengthy trial, we have the advantage of a very full record and findings of the Trial Judge to which I shall soon refer.

The respondents cross-appeal against the judgment below by attacking the Trial Judge's treatment, in his assessment of damages, of interest earned on the proceeds of the security between the date of realization and the date of distribution. Two of the respondents attack the failure of the Trial Judge to consider and dispose of their claims for damages based on negligent misstatement.

In the Trial Division, the action herein was tried together with a second action (T-1169-84) in which similar claims were made against the appellant. The plaintiffs in the two actions numbered 27 in total, but by agreement of the parties 16 of these were "severed". In this appeal the remaining plaintiffs are the respondents Brewer Bros., Dorge, Duffy, Alex Gorr & Sons, Hutterian Brethren of Pleasant Valley, Dale and Robert Peterson, Hazel Peterson, Riehl and Weimer. In the other appeal (Court File No. A-161-90), the remaining plaintiffs (respondents) are Spring Valley Farms and Rainbow Farms. As these two appeals were heard together, the reasons for judgment in this appeal will be filed in Court File No. A-161-90 and will constitute reasons for judgment in the appeal therein except as may otherwise be indicated.

By the terms of the severance agreement, the severed plaintiffs are deemed to have commenced a separate action or actions without prejudice to their positions in the actions out of which this and the other appeal are brought. It was also agreed that the liability

produit d'un cautionnement déposé à titre de garantie auprès de la Commission canadienne des grains (la «Commission») par Memco Limited («Memco») de Red Deer (Alberta). Le cautionnement devait être déposé relativement à la délivrance à Memco d'un permis d'exploitation d'un élévateur de conditionnement conformément aux dispositions de la *Loi sur les grains du Canada*, S.C. 1970-71-72, chap. 7 (la «Loi»)¹, et de son Règlement d'application. La responsabilité de la Commission n'ayant pu être établie qu'au terme d'un long procès, nous avons l'avantage de disposer d'un dossier très complet et de conclusions bien étoffées du juge de première instance, auxquels j'aurai sous peu l'occasion de me reporter.

Dans leur appel incident, les intimés contestent le traitement qu'a réservé le juge de première instance, dans son évaluation des dommages, à l'intérêt couru sur le produit de la garantie entre la date de la réalisation et celle de la distribution. Deux des intimés attaquent pour leur part le défaut du juge de statuer sur leurs réclamations fondées sur l'allégation de fausse déclaration négligente.

Devant la Section de première instance, la présente action a été instruite conjointement à une seconde action (T-1169-84) où des réclamations similaires étaient faites contre l'appelante. Le nombre de demandeurs parties aux deux actions s'élevaient au total à 27, mais par suite d'une entente entre les parties, 16 d'entre eux ont été «séparés». Dans le présent appel, les demandeurs qui restent sont les intimés Brewer Bros., Dorge, Duffy, Alex Gorr & Sons, Hutterian Brethren of Pleasant Valley, Dale et Robert Peterson, Hazel Peterson, Riehl et Weimer. Dans l'autre appel (n° du greffe A-161-90), les demandeurs (intimés) qui restent sont Spring Valley Farms et Rainbow Farms. Ces deux appels ayant été entendus conjointement, les motifs de jugement du présent appel seront déposés au dossier A-161-90 et constitueront les motifs de cet appel, sauf indication contraire.

Suivant les termes de l'entente de séparation, les demandeurs séparés sont présumés avoir intenté une ou des actions distinctes, ce qui ne porte pas atteinte à la position qu'ils occupaient dans les actions faisant l'objet de l'un ou l'autre appel. Il est également

¹ Now R.S.C., 1985, c. G-10.

¹ Maintenant L.R.C. (1985), chap. G-10.

ity issues determined in respect of the remaining plaintiffs are to bind the severed plaintiffs and the defendant in both actions, and that in the event of a finding of liability the severed plaintiffs are to be at liberty to pursue their action(s) to have their damages assessed. By the same agreement, the issues of negligent misstatement alleged on behalf of the severed plaintiffs Wayne Layden and Bona Vista Farm Ltd. in the other action are not to be determined by findings made, and the right of those plaintiffs to pursue those allegations are specifically reserved.

entendu que les questions de responsabilité tranchées à l'égard des demandeurs qui restent lient les demandeurs séparés et la défenderesse dans les deux actions et qu'advenant une déclaration de responsabilité, les demandeurs séparés pourront poursuivre leurs actions afin de faire évaluer leurs dommages-intérêts. Toujours en vertu de cette entente, les questions liées aux allégations de fausse déclaration négligente, soulevées au nom des demandeurs séparés Wayne Layden et Bona Vista Farm Ltd. dans l'autre action, ne seront pas tranchées par la décision rendue, ces demandeurs se réservant le droit d'établir le bien-fondé de ces allégations.

NATURE OF THE CASE

This appeal and cross-appeal raise the issue of liability in negligence of a government agency for purely economic loss. The respondents claim individually for losses resulting from the failure of Memco, whose licence was cancelled by the Commission in June 1982 and which was placed in receivership on July 30, 1982, to pay amounts it had contractually bound itself to pay for grain it had purchased from the respondents. The broad spectrum of issues before us include statutory construction, existence of a duty of care, breach of that duty and damages caused thereby. Included in these issues are whether the Commission may be exempted from liability in negligence either because of its nature or because of the nature of the acts and omissions complained of and, if not, whether the respondents are guilty of contributory negligence and whether the damages awarded were in all respects properly assessed.

NATURE DU LITIGE

L'appel ainsi que l'appel incident interjetés en l'espèce soulèvent la question de la responsabilité d'un organisme gouvernemental à l'égard des pertes purement économiques résultant de sa négligence. Les intimés réclament individuellement une indemnisation pour les pertes découlant du défaut de Memco, dont le permis a été révoqué par la Commission en juin 1982 et qui a été mise sous séquestre le 30 juillet 1982, de payer les montants qu'elle s'était contractuellement engagée à payer pour le grain acheté des intimés. Parmi l'éventail des questions soumises à notre examen figurent l'interprétation législative, l'existence d'une obligation de diligence, la violation de cette obligation et les dommages en résultant. Pour trancher ces questions, il faudra déterminer si la Commission peut être exonérée de sa responsabilité soit en raison de sa nature, soit en raison de la nature des actions et des omissions qui lui sont reprochés et, dans la négative, si les intimés sont coupables de négligence concourante et si les dommages-intérêts adjugés ont été correctement évalués à tous égards.

THE RESPONDENTS

The respondents are grain producers all of whom reside in the province of Alberta, except the respondent Dorge who resides in the province of Manitoba. Within the period of October 3, 1979, to March 25, 1982, each of the respondents delivered various truckloads of a grain called rapeseed (or canola) to Memco for which they received no payment. At the time of these deliveries, each of them, with the exception of the respondent Duffy, was issued a writ-

LES INTIMÉS

Les intimés sont des producteurs de grains résidant tous dans la province de l'Alberta, sauf l'intimé Dorge qui réside au Manitoba. Du 3 octobre 1979 au 25 mars 1982, les intimés ont chacun livré à Memco plusieurs chargements sur camion de graines de colza (ou canola), sans en recevoir paiement. Lors de chacune de ces livraisons, tous, sauf l'intimé Duffy, se sont vu remettre un récépissé attestant la quantité livrée et le montant dû. M. Duffy a quant à lui livré à

ten receipt acknowledging the amount of grain delivered and the amount of money payable in respect thereof. Mr. Duffy delivered four railway car loads of grain to Memco for which no written receipts were issued and, in May of 1982, he discovered that railway car bills of lading had been issued and retained by the carrier. The deliveries made by the respondent Dorge were of fire-burnt grain. Certain of the respondents agreed to be paid increased amounts in exchange for delays in payments while others were content with payment deferral for reasons personal to them.

Memco quatre chargements sur wagon de chemin de fer à l'égard desquels aucun récépissé n'a été établi mais, au mois de mai 1982, il a découvert que le transporteur avait établi des connaissements ferroviaires et qu'il en avait conservé la possession. Pour ce qui est de l'intimé Dorge, il avait livré du grain surchauffé. Certains des intimés ont convenu d'un délai de paiement en échange d'un prix plus élevé alors que d'autres ont simplement accepté le paiement différé pour des raisons personnelles.

STATUTORY FRAMEWORK

A brief description of the statutory framework will be helpful at this juncture. I shall refer to certain material provisions of the Parts into which the Act is divided.

Part I deals with the constitution of the Commission and with certain powers conferred upon it. The Commission is to consist of three commissioners appointed by the Governor in Council (section 3); each commissioner is to be paid a salary fixed by the Governor in Council (subsection 5(1)), and is required to devote the whole of his time to the performance of his duties under the Act (subsection 6(2)); six officers, known as assistant commissioners, may be appointed by the Governor in Council (subsection 7(1)); the Commission is empowered to appoint "Such other officers and employees as are necessary for the proper conduct of the business of the Commission" in the manner authorized by law (section 8); by-laws may be made by the Commission pursuant to section 10 of the Act on a variety of subjects including that of "specifying the duties of officers, managers and employees appointed pursuant to section 7 or as required by section 8" (paragraph 10(c)).

The Commission is an organization of significant size in terms of employees, revenues and expenditures. At its March 31, 1982, fiscal year end, for example, its total number of employees at its Winnipeg headquarters and at 18 centres across Canada stood at over 800 people, while its revenue and

CADRE LÉGISLATIF

Une brève description du cadre législatif s'impose à ce stade. Je me reporterai à certaines dispositions importantes des différentes parties de la Loi.

La Partie I traite de la constitution de la Commission et de certains pouvoirs qui lui sont conférés. La Commission est composée de trois commissaires nommés par le gouverneur en conseil (article 3); chaque commissaire reçoit un traitement fixé par le gouverneur en conseil (paragraphe 5(1)) et doit consacrer toute son activité à l'exercice des fonctions qui lui sont conférées en vertu de la Loi (paragraphe 6(2)); six fonctionnaires appelés commissaires adjoints peuvent être nommés par le gouverneur en conseil (paragraphe 7(1)); la Commission est habilitée à nommer «[l]es autres fonctionnaires et employés nécessaires à la bonne administration des affaires de la Commission» de la manière autorisée par la loi (article 8); en vertu de l'article 10, la Commission peut établir des règlements administratifs sur différents sujets dont des règlements «spécifiant les fonctions des fonctionnaires, gérants et employés nommés conformément à l'article 7 ou à l'article 8» (alinéa 10c)).

La Commission est un organisme important, tant par le nombre de ses employés que par le niveau de ses revenus et de ses dépenses. Ainsi, au 31 mars 1982, fin de son exercice financier, le nombre total de ses employés à son siège de Winnipeg et dans les 18 centres qu'elle possède au Canada atteignait plus

expenditure accounts in that fiscal year were in excess of \$27,000,000 and \$31,000,000 respectively.²

The objects of the Commission are set forth in section 11 of the Act, which reads:

11. Subject to this Act and any directions to the Commission issued from time to time under this Act by the Governor in Council or the Minister, the Commission shall, in the interests of the grain producers, establish and maintain standards of quality for Canadian grain and regulate grain handling in Canada, to ensure a dependable commodity for domestic and export markets.

Part III of the Act, and sections 35 and 36 in particular, deal with the licensing of grain dealers and elevator operators. The basic authority to issue a licence is contained in subsection 35(1) which reads:

35. (1) The Commission may, upon application in writing for a licence by a person who proposes to operate an elevator or to carry on business as a grain dealer and upon being satisfied that the applicant and the elevator, if any, meet the requirements of this Act,

(a) issue to the applicant a licence of a class or subclass determined by the Commission to be appropriate to the type of operation of that elevator or the business of that grain dealer; and

(b) subject to the regulations, fix the security to be given, by way of bond, insurance or otherwise, by the applicant or licensee.

Subsection 35(2) provides for the term of a licence and empowers the Commission to impose "such conditions, in addition to any prescribed conditions, as the Commission deems appropriate in the public interest for facilitating trade in grain".

The "regulations" referred to in paragraph 35(1)(b) of the Act are the *Canada Grain Regulations*, C.R.C., c. 889, as amended (the "Regulations"), approved by the Governor in Council on July 3, 1975. Part III thereof provides for the form of a licence application and for the fees payable. Section 18 pertains to general terms and conditions of licences and provides, *inter alia*, that:

18. It is a term and condition of every licence that the licensee will

² Canadian Grain Commission, 1982 Annual Report, Appeal Book, Common Appendix, Vol. 4, at pp. 561, 568.

de 800, tandis que les revenus gagnés et les dépenses engagées au cours de cette année financière excédaient respectivement 27 000 000 \$ et 31 000 000².

Les objets de la Commission sont énoncés à l'article 11 de la Loi:

11. Sous réserve des autres dispositions de la présente loi à cet égard, et des instructions données à l'occasion à la Commission, en vertu de la présente loi, par le gouverneur en conseil ou le Ministre, la Commission doit, dans l'intérêt des producteurs de grain, établir et maintenir des normes de qualité pour le grain canadien et réglementer la manutention du grain au Canada en vue d'obtenir une denrée valable sur les marchés intérieurs et les marchés d'exportation.

La Partie III de la Loi, et en particulier les articles 35 et 36, traite de l'octroi de permis aux négociants en grains et aux exploitants d'élevateurs. L'autorité première de délivrer un permis est prévue au paragraphe 35(1), lequel dispose:

35. (1) La Commission peut, sur demande écrite de permis présentée par une personne qui se propose d'exploiter un élévateur ou à faire le commerce de négociant en grains et, lorsqu'elle est convaincue que le requérant et, le cas échéant, l'élévateur répondent aux exigences de la présente loi,

a) délivrer au requérant un permis d'une catégorie ou sous-catégorie déterminée par la Commission comme convenant au genre d'opérations de cet élévateur ou au commerce de ce négociant en grains; et

b) sous réserve des règlements, fixer la garantie à donner sous forme de cautionnement, d'assurance ou sous une autre forme par le requérant ou le titulaire de permis.

Le paragraphe 35(2) prévoit la durée de validité d'un permis et autorise la Commission à imposer les «conditions, outre celles qui sont prescrites, que la Commission juge dans l'intérêt public, propres pour faciliter le commerce des grains».

L'un des «règlements» mentionnés à l'alinéa 35(1)(b) de la Loi est le *Règlement sur les grains du Canada*, C.R.C., chap. 889, modifié (le «Règlement»), approuvé par le gouverneur en conseil le 3 juillet 1975. La Partie III de ce Règlement prescrit la formule sur laquelle doit être faite toute demande de permis ainsi que les droits exigibles. L'article 18 vise les modalités générales des permis et prévoit entre autres que:

18. Tout permis est émis à condition que son titulaire

² Commission canadienne des grains, Rapport annuel 1982, Dossier d'appel, annexe conjointe, vol. 4, aux p. 561 et 568.

(a) have security to the satisfaction of the Commission while he holds the licence;

(b) comply with the Act, these Regulations and all orders that apply to the licensee;

Paragraph 26(a) of the Regulations lays down certain reporting requirements for process elevator licensees. It reads:

26. Each licensee of a process elevator shall submit to the Commission

(a) monthly, a report in Form 2 of Schedule VI respecting his operations during the previous month;

Form 2 in Schedule VI required the licensee to report as of the end of the previous month, *inter alia*, the "Total gross value of all truck loads of grains unloaded for date for which settlement in full has not yet been made", the "Amount owing on account of grain purchased . . ." and the "Total Liability". The form was to include a statement by way of a statutory declaration that the information in the report was "true and correct".

Subsection 36(1) of the Act provides for the Commission to be satisfied in respect of certain pre-conditions to the issuance of a licence. It reads:

36. (1) No licence to operate an elevator shall be issued unless the applicant for the licence establishes to the satisfaction of the Commission that

(a) the premises the applicant proposes to use are appropriate for the storage and handling of grain;

(b) the elevator is or will be of such type and in such condition and the equipment of the elevator is or will be of such type and size and in such condition as to enable the applicant to provide at the location where he proposes to operate the elevator the services required by or pursuant to this Act to be provided at that location by a licensee holding a licence of the class for which the applicant has applied; and

(c) he is financially able to carry on the proposed elevator operation and has given security by bond, insurance or otherwise sufficient to ensure that all obligations to holders of documents for the payment of money or delivery of grain issued by the applicant pursuant to this Act will be met.

Before refusing a licence, the Commission is required by subsection 36(4) to "afford the applicant . . . or his representative a full and ample opportunity to be heard in relation to the application". Subsection 36(5) requires that a refusal to issue a licence "be by order of the Commission", and provision is made in section

a) soit cautionné à la satisfaction de la Commission aussi longtemps qu'il détient le permis;

b) se conforme à la Loi, au présent règlement et à tous les arrêtés qui s'appliquent aux titulaires de permis;

^a L'alinéa 26a) du Règlement prescrit certaines exigences quant aux rapports que doivent présenter les titulaires de permis d'élevateur de conditionnement:

26. Chaque titulaire d'un permis d'exploitation d'élevateur de conditionnement doit présenter à la Commission

a) un rapport mensuel, établi sur la formule 2 de l'annexe VI, couvrant les opérations du mois écoulé;

Selon la formule 2 de l'annexe VI, le titulaire de permis devait indiquer quel était entre autres, à la fin du mois écoulé, la «valeur totale brute de tous les chargements de grain sur camion, déchargés à ce jour et non encore totalement payés», le «montant dû au titre du grain acheté. . .» et le «total dû». La formule se terminait par une déclaration solennelle portant que les renseignements exposés dans ce rapport étaient «exacts et véridiques».

Le paragraphe 36(1) de la Loi édicte que certaines conditions préalables à la délivrance d'un permis doivent être remplies à la satisfaction de la Commission:

36. (1) Aucun permis d'exploitation d'un élévateur ne doit être délivré à moins que le requérant du permis n'établisse à la satisfaction de la Commission

a) que les installations que le requérant se propose d'utiliser conviennent au stockage et à la manutention du grain;

b) que l'élevateur est ou sera d'un genre, d'une dimension et dans un état, et son équipement est ou sera d'un genre, d'une dimension et dans un état permettant au requérant de fournir, au lieu où il se propose d'exploiter l'élevateur, les services que le titulaire d'un permis de la catégorie pour laquelle le requérant a fait une demande est tenu de fournir aux termes ou en application de la présente loi; et

c) qu'il est financièrement capable de poursuivre l'exploitation de l'élevateur qu'il se propose d'exploiter et qu'il a donné sous forme de cautionnement, d'assurance ou sous une autre forme une garantie suffisante pour assurer le respect de tous les engagements envers les détenteurs de documents, relatifs au versement de fonds ou à la livraison de grains, établis par le requérant en application de la présente loi.

Avant de refuser de délivrer un permis, la Commission est tenue, conformément au paragraphe 36(4), de «donner au requérant . . . ou à son représentant la plus large possibilité d'être entendu au sujet de la demande». Aux termes du paragraphe 36(5), tout refus de délivrance d'un permis «doit être fait par

78 (Part VI) for review by the Minister of Agriculture of such refusal.

Subsection 38(1) empowers the Commission to require a licensee to give additional security in the following circumstances:

38. (1) Where, at any time during the term of a licence, the Commission has reason to believe and is of opinion that any security given by the licensee pursuant to this Act is not sufficient to ensure that all obligations to holders of documents for the payment of money or delivery of grain issued by the licensee will be met, the Commission may, by order, require the licensee to give, within such period as the Commission considers reasonable, such additional security by bond, insurance or otherwise as, in the opinion of the Commission, is sufficient to ensure that those obligations will be met.

Subsection 38(2) provides certain methods whereby the security given may be realized or enforced by or for the benefit of "holders of documents". It reads:

38. . . .

(2) Any security given by a licensee as a condition of a licence may be realized or enforced by

(a) the Commission; or

(b) any person who has suffered loss or damage by reason of the refusal or failure of the licensee to

(i) comply with this Act or any regulation or order made thereunder, or

(ii) pay any money or deliver any grain to the holder of a cash purchase ticket or elevator receipt issued by the licensee pursuant to this Act on presentation of the ticket or elevator receipt for payment or delivery.

The word "holder", appearing in paragraph 36(1)(c) and in subparagraph 38(2)(b)(ii) of the Act, is defined in subsection 2(19) as follows:

2. In this Act,

(19) "holder", when used in relation to any document that entitles the person to whom it is delivered to the payment of money or the delivery of grain, means the person who, from time to time, is so entitled by virtue of

(a) the issue or endorsement to him of the document, or

(b) the delivery to him of the document after it has been endorsed in blank;

Finally, the following additional provisions of the Act are relevant. Subsection 65(2) in Part IV provides for acknowledging the receipt of grain by an elevator in a form "prescribed" and which, for our purposes,

arrêté de la Commission», arrêté que le ministre de l'Agriculture peut réviser suivant l'article 78 (Partie VI).

En vertu du paragraphe 38(1), la Commission peut, dans certaines circonstances, exiger d'un titulaire de permis qu'il donne une garantie supplémentaire:

38. (1) Lorsque, à tout moment au cours de la durée de validité d'un permis, la Commission a des raisons de croire ou est d'avis que toute garantie donnée par le titulaire de permis n'est pas suffisante pour assurer le respect de tous les engagements envers les détenteurs de documents relatifs au versement de fonds ou à la livraison de grains, la Commission peut, par arrêté, exiger du titulaire de permis qu'il donne, dans le délai que la Commission estime raisonnable, la garantie supplémentaire sous forme de cautionnement, d'assurance ou autrement qui, de l'avis de la Commission, est suffisante pour assurer le respect de tous ces engagements.

Le paragraphe 38(2) prévoit les modalités de réalisation ou de recouvrement de la garantie donnée, par les «détenteurs de documents» ou pour leur compte:

38. . . .

(2) Toute garantie donnée par un titulaire de permis pour ce permis peut être réalisée ou recouvrée

a) par la Commission; ou

b) par toute personne qui a subi une perte ou un préjudice en raison du refus ou de l'omission du titulaire de permis

(i) de se conformer à la présente loi, à tout règlement ou à tout arrêté établis sous son régime, ou

(ii) de verser des fonds ou de livrer du grain au détenteur d'un bon de paiement au comptant ou d'un récépissé d'éleveur établis par le titulaire du permis en application de la présente loi, sur présentation du bon ou du récépissé d'éleveur aux fins de paiement ou de livraison.

La définition du mot «détendeur» figurant à l'alinéa 36(1)(c) et au sous-alinéa 38(2)(b)(ii) de la Loi se trouve au paragraphe 2(19) que voici:

2. Dans la présente loi,

(19) «détendeur», lorsque ce mot se rapporte à un document qui donne à la personne à laquelle il est délivré le droit au paiement d'argent ou à la livraison de grain, désigne la personne qui, à l'occasion, a un tel droit du fait

a) que le document a été établi ou endossé à son nom, ou

b) que le document lui a été délivré après avoir été endossé en blanc;

Enfin sont aussi pertinentes les autres dispositions suivantes de la Loi. Le paragraphe 65(2) de la Partie IV prévoit que l'exploitant d'un élévateur doit accuser réception du grain conformément à la formule

is the form "prescribed" in paragraph 20(c) of the Regulations. It reads:

20. It is a term and condition of every licence to operate a process elevator that the licensee will

(c) purchase all grain received into the elevator and issue a grain receipt in Form 1 of Schedule V or a cash ticket in Form 2 of that Schedule, or both, in respect of that grain;

At the material times, only a licensee was entitled to buy western grain from persons in the position of the respondents. This is laid down in subsection 69(1) which provides:

69. (1) No person in the Western Division shall, for reward, by way of a commission or otherwise,

(a) act on behalf of any other person in buying, selling or arranging for the weighing, inspection or grading of western grain, or

(b) make any contract for the purchase of western grain, unless he is a licensee or is employed by a licensee and acts only on behalf of his employer.

Provisions for the revocation of licences appear in section 77, in Part VI of the Act. Paragraph (1)(c) and subsections 2 and 3 of section 77 read:

77. (1) Where

(c) a licensee has failed to give additional security as required by any order made under subsection (1) of section 38,

the Commission may, by order, revoke the licence to operate the elevator to which the order or conviction relates or the licence to carry on business as a grain dealer, as the case may be.

(2) Subject to subsection (3), except with the consent of the licensee, no licence shall be revoked pursuant to subsection (1) unless the licensee or his representative has been afforded a full and ample opportunity to be heard in the matter in relation to which the licence may be revoked.

(3) Where the Commission has, pursuant to section 76, afforded a licensee or his representative an opportunity to be heard in relation to any matter, the Commission may, in accordance with this section, revoke the licence to operate the elevator or to operate as a grain dealer without affording the licensee a further opportunity to be heard in relation thereto.

«prescrite». Il s'agit, en l'occurrence, de la formule «prescrite» à l'alinéa 20c) du Règlement, lequel dispose:

20. Un permis d'exploitation d'un élévateur de conditionnement n'est délivré que si son titulaire

c) achète tout le grain reçu à l'élévateur et émet pour ce grain un récépissé conforme à la formule 1 de l'annexe V ou un bon de paiement au comptant conforme à la formule 2 de cette même annexe ou les deux;

À l'époque en cause, seul un titulaire de permis était autorisé à acheter du grain de l'Ouest de personnes comme les intimés, tel qu'il appert du paragraphe 69(1):

69. (1) Dans la division de l'Ouest, une personne ne doit pas, dans un but lucratif, moyennant commission ou autrement,

a) agir au nom d'une autre personne pour l'achat, la vente ou les dispositions à prendre pour la pesée, l'inspection ou le classement de grain de l'Ouest, ou

b) passer un contrat pour l'achat de grain de l'Ouest,

à moins qu'elle ne soit titulaire d'un permis ou employée par un titulaire de permis et que, dans ce dernier cas, elle n'agisse que pour le compte de son employeur.

Les dispositions visant la révocation des permis se trouvent à l'article 77, Partie VI de la Loi. Voici le texte de l'alinéa 1c) et des paragraphes (2) et (3) de cet article:

77. (1) Lorsque

c) [u]n titulaire de permis n'a pas donné de garantie supplémentaire comme l'exigeait un arrêté pris en vertu du paragraphe (1) de l'article 38,

la Commission peut, par arrêté, révoquer le permis d'exploitation de l'élévateur visé par l'arrêté ou par la déclaration de culpabilité, ou le permis de faire le commerce de négociant en grains, selon le cas.

(2) Sous réserve du paragraphe (3), sauf du consentement du titulaire de permis, aucun permis ne doit être révoqué en application du paragraphe (1) à moins que le titulaire de permis ou son représentant n'ait eu la plus large possibilité d'être entendu sur la question qui peut donner lieu à la révocation du permis.

(3) Lorsque, en application de l'article 76, la Commission a donné à un titulaire de permis ou à son représentant la possibilité d'être entendu sur une question, la Commission peut, en conformité avec le présent article, révoquer le permis d'exploitation de l'élévateur ou le permis de faire le commerce de négociant en grains sans accorder au titulaire de permis une nouvelle possibilité d'être entendu à ce sujet.

LICENSING RESPONSIBILITIES

Responsibility for licensing and bonding fell under the Programs and Administration section of the Commission's Economics and Statistics Division which was headed by a Director. The Director reported to the Commission's Executive Director who was the principal contact for licensing and bonding matters and who possessed authority to refer such matters to the commissioners. Overall administrative control over the program of the Programs and Administration section fell to the Deputy Director of the Economics and Statistics Division. However, due to the importance of the licensing and bonding program, the Director of that Division worked with senior officials thereof in reviewing policy, procedures and problem areas. The direction and control of licensing was the responsibility of the Licensing Officer who was also the Registrar and who was assisted by a Deputy Licensing Officer. A senior clerk and supporting clerks rounded out the licensing section.

The office of Executive Director was held by Mr. Earl Baxter until late 1981 when he was succeeded by Mr. John O'Connor. Mr. D. N. Kennedy occupied the office of Acting Director of the Economics and Statistics Division from January of 1981 until he became the Director in July of 1982. The Deputy Director (Licensing and Documentation) was Mr. H. D. Swalwell. He became Deputy Director (Programs and Administration) on March 1, 1982. Mr. Regis Gosselin was the Registrar and Licensing Officer, while the position of Deputy Licensing Officer was held by Mr. Grant Bolen. Mr. Gosselin was first employed by the Commission in 1974 and became interim Licensing Officer in 1979, a position he held until his appointment as Registrar and Licensing Officer in March 1981. Mr. Bolen was first employed by the Commission in 1954, and became its Deputy Licensing Officer in 1975.

THE LICENSEE

Memco was incorporated in 1973, and was first licensed by the Commission as a "primary elevator" operator in 1977. In 1978, it was licensed to operate a

LES RESPONSABILITÉS EN MATIÈRE D'OCTROI DE PERMIS

L'octroi des permis et l'obtention des garanties relevaient de la responsabilité de la section Programmes et administration de la Division de l'économie et de la statistique, que présidait un directeur. Celui-ci relevait du directeur administratif de la Commission, autorité principale en matière de permis et de cautionnement investie du pouvoir de renvoi aux commissaires. Le contrôle administratif du programme de la section Programmes et administration relevait du sous-directeur de la Division de l'économie et de la statistique. Cependant, compte tenu de l'importance du programme des permis et des cautionnements, le directeur de cette division travaillait de concert avec ses cadres supérieurs à l'examen des politiques, des procédures et des domaines où se posaient des problèmes. La direction et le contrôle du service des permis était sous la responsabilité de l'agent d'octroi des permis, lequel agissait également à titre de registraire et était assisté d'un adjoint. Un greffier principal et ses adjoints complétaient la section des permis.

Le poste de directeur administratif a été occupé par M. Earl Baxter jusqu'à la fin de 1981, date à laquelle il a été remplacé par M. John O'Connor. M. D. N. Kennedy a occupé le poste de directeur intérimaire de la Division de l'économie et de la statistique de janvier 1981 jusqu'à sa nomination à titre de directeur en juillet 1982. Le sous-directeur, Octroi de licences et documentation, était M. H. D. Swalwell. Il est devenu sous-directeur, Programmes et administration, le 1^{er} mars 1982. M. Regis Gosselin était registraire et agent d'octroi de permis, alors que M. Grant Bolen occupait le poste d'agent d'octroi de permis adjoint. Engagé par la Commission en 1974, M. Gosselin est devenu agent d'octroi de permis intérimaire en 1979, poste qu'il a occupé jusqu'à ce qu'il soit nommé registraire et agent d'octroi de permis en mars 1981. Quant à M. Bolen, engagé en 1954, il est devenu agent d'octroi de permis adjoint en 1975.

LE TITULAIRE DE PERMIS

Constituée en société en 1973, Memco a pour la première fois obtenu de la Commission, en 1977, un permis d'exploitation d'un «élevateur primaire». En

“process elevator”, that is to say, an elevator of a kind which is defined in subsection 2(38) of the Act:

2. In this Act,

(38) “process elevator” means an elevator the principal use of which is the receiving and storing of grain for direct manufacture or processing into other products;

The corporation continued to be so licensed annually for subsequent “crop years” running from August 1 in any year to July 31 of the following year. As of August 1, 1981, the Commission renewed Memco’s licence for the 1981/82 crop year on the basis of information Memco had provided and which was accepted as true by the Commission though not independently verified. Before the end of that crop year, Memco’s licence was cancelled and it was placed in receivership.

LIABILITY REPORTING BY PROCESS ELEVATORS

Initially, as is mentioned above, licensees were required to report outstanding liabilities monthly on a form prescribed in the Regulations. This policy was modified after the Commission decided in April 1981 to implement certain recommendations made to it by Mr. J. C. Blackwell in a draft report of March 1981. He had been engaged by the commissioners in September 1980 to recommend changes which might be made in the reporting requirements for licensees and to establish more effective management of the licensing and security provisions of the Act and Regulations. Under the then existing system, each licensee was required to calculate his outstanding liabilities at month end and to report them to the Commission soon thereafter. The report form which Memco utilized varied over the years, and at no time contained a statutory declaration. Its practice was simply for one of its representatives to certify that the information contained in the report was “true and correct to the best of my knowledge and belief”. Only one figure was inserted in the monthly reports, that being Memco’s “Total Liability” for the period terminating at the end of the previous month in respect of grain

1978, elle a obtenu un permis d’exploitation d’un «*élevateur de conditionnement*», soit un *élevateur* du type défini au paragraphe 2(38) de la Loi:

2. Dans la présente loi,

(38) «*élevateur de conditionnement*» désigne un *élevateur* servant principalement à la réception et au stockage du grain en vue de le transformer sur place en d’autres produits;

La société a subséquemment obtenu chaque année un permis pour toute «*campagne agricole*» commençant le 1^{er} août d’une année et se terminant le 31 juillet de l’année suivante. Le 1^{er} août 1981, la Commission a renouvelé le permis de Memco pour la campagne agricole de 1981-1982 sur la base des renseignements que la société avait fournis et que la Commission avait tenus pour véridiques, sans qu’ils aient fait l’objet d’une vérification indépendante. Avant la fin de cette campagne agricole, le permis de Memco était révoqué et la société était mise sous séquestre.

LA RESPONSABILITÉ DES EXPLOITANTS D’ÉLEVATEURS DE CONDITIONNEMENT EN MATIÈRE DE DÉCLARATION

À l’origine, comme on l’a indiqué précédemment, les titulaires de permis étaient tenus de déclarer mensuellement leurs impayés sur une formule conforme au Règlement. Cette politique a été modifiée après que la Commission eut décidé, en avril 1981, de mettre en œuvre certaines recommandations que lui avait faites M. J. C. Blackwell dans un rapport provisoire daté du mois de mars 1981. M. Blackwell avait été engagé par les commissaires en septembre 1980 pour proposer des changements au système de déclaration des titulaires de permis et pour établir une gestion plus efficace des dispositions de la Loi et du Règlement visant l’octroi des permis et l’obtention des garanties. En vertu du système alors existant, chaque titulaire était tenu de calculer les montants dus à la fin du mois et d’en faire rapport à la Commission peu après. La formule qu’utilisait Memco a varié au cours des années, sans jamais toutefois qu’y soit incorporée une déclaration solennelle. En pratique, l’un de ses représentants attestait simplement que les renseignements exposés dans le rapport étaient [TRADUCTION] «*exacts et véridiques au meilleur de [s]a connaissance*». Seul un chiffre était inscrit dans ses rapports

purchased on open sales contracts. While that system was in effect, the Commission had no regular program for the inspection of a licensee's business records although its licensing section might inspect such records on an *ad hoc* basis if a complaint was received about a particular licensee or there were any obvious signs that a licensee was not reporting properly.

There seems little doubt that concerns with respect to the effectiveness of the self-reporting system and the financial viability of licensees were foremost in the minds of the commissioners when they decided to engage Mr. Blackwell in late 1980. The picture presented in his draft report was not a happy one. Mr. Blackwell found two principal problems in the existing reporting arrangements, or as he put it at page 13 of his report,³ which became final on May 5, 1981:

The first is the number of reports that are consistently late despite telephone calls and/or follow-up letters from licensing officials. The second, and most serious problem, is inaccuracies and omissions in reports. Some of these are obvious but others are only suspect although frequently the fears are confirmed. In any event one gains the impression that reports from a number of licensees are not reliable and there is considerable doubt their liabilities are adequately secured.

Soon after this report was received in draft form, those primarily responsible for licensing and bonding within the Commission decided, in consultation with Mr. Blackwell, upon the steps to be taken to effect improvements in the system and, especially, in rendering financial data of licensees more reliable. The Commission would soon be faced with license renewal applications for the 1981/82 crop year commencing August 1, 1981, in addition to fresh license applications. It sought to develop a means of determining the financial viability of applicants and the adequacy of security being posted through a process of financial review to be done by an independent person. In fact, Mr. Blackwell himself was engaged to carry out these reviews. It also addressed itself to the

³ Appeal Book, Common Appendix, Vol. 1, at p. 167 (Exhibit 69).

mensuels, soit le «Total dû» pour la période se terminant à la fin du mois précédent à l'égard du grain acheté par contrat de vente libre. La Commission n'avait pas alors de programme régulier d'examen des registres du titulaire de permis, même s'il pouvait arriver que la section des permis examine les registres dans des cas spéciaux si elle recevait une plainte concernant un titulaire en particulier ou s'il y avait des signes évidents indiquant que les déclarations d'un titulaire étaient insatisfaisantes.

Il ne semble guère douteux que les commissaires étaient fort préoccupés de l'efficacité du système de déclaration volontaire et de la viabilité financière des titulaires de permis lorsqu'ils ont décidé d'engager M. Blackwell à la fin de l'année 1980. Le portrait que celui-ci a tracé dans son rapport provisoire n'était d'ailleurs pas très reluisant. M. Blackwell a estimé que le système existant de déclaration souffrait de deux grands problèmes, comme il s'en explique à la page 13 de son rapport³, dont la version définitive est datée du 5 mai 1981:

[TRADUCTION] Le premier est le dépôt tardif de plusieurs déclarations, malgré les appels téléphoniques et les lettres de suivi des fonctionnaires qui s'occupent de l'octroi de permis. Le second, qui est plus grave, est celui des inexactitudes et des omissions que comportent les rapports. Certaines d'entre elles sont évidentes; dans d'autres cas, il ne s'agit que de craintes, lesquelles sont malheureusement souvent confirmées. À tout événement, on a l'impression que les rapports de certains titulaires de permis ne sont pas fiables et il y a fort à parier que leurs dettes ne sont pas suffisamment garanties.

Peu après la réception de la version provisoire de ce rapport, les premiers responsables de l'octroi des permis et de l'obtention des cautionnements au sein de la Commission ont décidé, en consultation avec M. Blackwell, des mesures à prendre pour améliorer le système et, en particulier, pour accroître la fiabilité des données financières fournies par les titulaires de permis. La Commission devait sous peu recevoir les demandes de renouvellement de permis pour la campagne agricole 1981-1982 commençant le 1^{er} août 1981, en outre des nouvelles demandes. Aussi a-t-elle cherché à mettre au point une méthode permettant de déterminer la viabilité financière des requérants et la suffisance de la garantie déposée grâce à un examen financier indépendant. De fait, c'est M. Blackwell

³ Dossier d'appel, annexe conjointe, vol. 1, à la p. 167 (pièce 69).

ongoing problem of developing a procedure by which its staff could internally analyze financial data and determined that Mr. Blackwell would develop a financial procedure which the Commission's staff could readily apply. Further, a plan would be developed whereby some members of the staff (the Licensing Officer and his deputy) could upgrade their ability to analyze financial data submitted from time to time. With this training and procedural changes staff members would be better able to carry out field inspections of licensees and thereby determine their financial health as well as the extent of their reported liabilities as compared with the level of security they had posted.

FINANCIAL REVIEW OF MEMCO

I should, for a moment, dwell on the financial reviews which Mr. Blackwell was engaged to conduct and which he did conduct during the summer of 1981. He had agreed to look into about 50% of all licensees on the basis of information contained in the Commission's files, namely, applications for new licenses or renewals, monthly liability reports and, in some instances, unaudited financial statements. He reported the results of his work in two batches, the first being of 33 licensees on July 22, 1981. In this batch he found a high percentage of weak accounts—13 of the 33. While he was making these reviews, but as part of his engagement, Mr. Blackwell was asked to review specific accounts about which the Commission had some concern and on which it wanted him to do his own analysis. This second batch, 14 in number, included Memco. These reviews were to commence immediately following completion of the first batch. Mr. Blackwell had already come to regard Memco as somewhat different from the other licensees he had reviewed in that it was "diversified", that is to say, it held other properties and interests in addition to its process elevator plant at Red Deer, Alberta.

By August 7, 1981, Mr. Blackwell had reviewed these additional licensees by assessing their financial strength and security requirements and had made his findings known to the Commission's licensing and

lui-même qui a été engagé pour effectuer ces examens. La Commission s'est également attaquée à la tâche d'établir une procédure d'analyse interne des données, confiant à M. Blackwell le soin d'élaborer une méthode que le personnel pourrait facilement appliquer. De plus, on établirait un programme permettant à certains employés (l'agent d'octroi des permis et son adjoint) d'accroître leur capacité d'analyser les données financières qui leur seraient soumises à l'occasion. Ces changements quant aux méthodes d'analyse et à la formation du personnel devaient permettre au personnel de la Commission d'être mieux en mesure d'effectuer des inspections sur le terrain et d'évaluer ainsi tant la santé financière des titulaires de permis que l'importance de leurs dettes déclarées par rapport à la garantie déposée.

EXAMEN FINANCIER DE MEMCO

Je m'attarderai un instant aux examens financiers auxquels M. Blackwell a procédé au cours de l'été 1981, conformément à son mandat. Il avait convenu de passer en revue la situation d'environ 50 % de tous les titulaires de permis sur la base des renseignements contenus dans les dossiers de la Commission, savoir dans les demandes de nouveaux permis ou de renouvellement, les déclarations mensuelles sur le niveau d'endettement et, dans certains cas, des états financiers non vérifiés. Son étude a porté sur deux groupes, les résultats de l'examen du premier groupe de 33 titulaires étant divulgués le 22 juillet 1981. Dans ce groupe, il a constaté qu'il y avait un fort pourcentage de comptes faibles—13 sur 33. M. Blackwell procédait à ces examens lorsque la Commission lui a demandé d'examiner personnellement, conformément à son engagement, certains comptes particuliers qui l'inquiétaient. L'examen de ce second groupe de 14 titulaires, qui comprenait Memco, devait commencer aussitôt terminé l'examen du premier groupe. M. Blackwell s'était déjà fait une opinion quelque peu différente de Memco en ce qu'elle était une entreprise «diversifiée», c'est-à-dire qu'elle détenait, outre l'usine de transformation de Red Deer (Alberta), d'autres propriétés et d'autres droits.

Le 7 août 1981, M. Blackwell avait procédé à l'évaluation de la santé financière et des garanties fournies par ces titulaires supplémentaires et avait fait part de ses conclusions au personnel de la Com-

bonding staff. He rated Memco's financial condition as "poor" or "D". In his written assessment, Mr. Blackwell remarked as follows:⁴

Remarks—There are a number of danger signals in this company's financial position that should be kept prominently in mind if they are going to continue to be licensed.

The danger signals are:

1. Heavy debt
2. Deficit working capital
3. Substantial investment in subsidiaries with loss operations
4. Heavy investment in motel and rental properties (book value \$3,269,000 with 1st and 2nd & 3rd mortgages of \$3,220,000)
5. Unfavourable profit picture—processing plant \$47,000 profit without depreciation on \$5 million turnover; \$237,000 loss on motel operation with \$480,000 turnover and \$312,000 loss on rental properties

In face of all this, company declared \$108,000 dividend. How long they can last with these problems facing them is questionable but an "ill wind" could be dangerous. It is therefore important in licensing them for another year to ensure that a good level of good security is maintained (\$600,000 would seem to be adequate). However, it might be advisable to inform the company that licensed operators are expected to maintain a better financial position than they have and that if they do not effect a significant improvement, further renewals might not be granted.

Mr. Blackwell clearly regarded Memco as "on the border line", and he believed it should be put on notice that its affairs would have to improve if it wanted to continue to be a licensed operator. Indeed, he used the terms "danger signals" and "dangerous" in his remarks with a view to bringing his concern markedly to the attention of the Commission. As appears from the following testimony in his cross-examination, he was not content to see timely action delayed:⁵

Q. And are you testifying, today, sir, that you would have been content had somebody asked you in August of

⁴ Appeal Book, Common Appendix, Vol. 2, at pp. 261-262 (Exhibit 89).

⁵ Trial Proceedings, Vol. 7, from p. 1093, line 26, to p. 1094, line 23.

mission responsable de l'octroi des permis et de l'obtention des cautionnements. Il a attribué à la situation financière de Memco la cote «mauvaise» ou «D», faisant les observations suivantes dans son évaluation écrite⁴:

[TRADUCTION] Remarques—La situation financière de cette entreprise présente des signes de danger qu'il faudra avoir à l'esprit lorsqu'on se demandera s'il y a lieu de renouveler le permis de cette société.

b Les signes de danger sont les suivants:

1. Dette élevée
2. Fonds de roulement déficitaire
3. Investissement important dans des filiales qui enregistrent des pertes
4. Investissement important dans des motels et des immeubles locatifs (valeur comptable de 3 269 000 \$ avec hypothèque de premier, deuxième et troisième rangs de 3 220 000 \$)
5. Rentabilité minime: usine de transformation, profit de 47 000 \$ sans amortissement sur un chiffre d'affaires de 5 000 000 \$; perte de 237 000 \$ à l'égard de l'exploitation d'un motel ayant un chiffre d'affaires de 480 000 \$ et perte de 312 000 \$ découlant des immeubles locatifs

e Face à cette situation, la société a déclaré un dividende de 108 000 \$. On peut se demander jusqu'à quand elle pourra tenir le coup devant tous ces problèmes, mais les choses pourraient mal tourner. Avant de lui accorder un renouvellement de permis pour une autre année, il importe donc de s'assurer qu'une garantie suffisamment élevée est maintenue (un montant de 600 000 \$ semblerait approprié). Toutefois, il serait peut-être souhaitable d'aviser la société que les exploitants titulaires de permis se doivent d'améliorer considérablement leur situation financière, faute de quoi ils n'obtiendront peut-être pas de renouvellement.

g Manifestement, M. Blackwell considérait que Memco était un cas limite et qu'elle devait être avisée de la nécessité d'améliorer sa situation si elle voulait continuer à détenir un permis d'exploitation. Il a même utilisé dans ses remarques les termes «signes de danger» et «mal tourner» afin d'attirer nettement l'attention de la Commission. Ainsi qu'il appert de l'extrait suivant de son contre-interrogatoire, il n'était pas heureux de voir retardées les mesures qui s'imposaient⁵:

[TRADUCTION] Q. Et vous dites aujourd'hui, Monsieur, que vous vous seriez contenté, si on vous l'avait demandé en

⁴ Dossier d'appel, annexe conjointe, vol. 2 aux p. 261 et 262 (pièce 89).

⁵ Débats de première instance, vol. 7, de la p. 1093, ligne 26, à la p. 1094, ligne 23.

1981 to say that you could leave these things unattended until the end of December of this year?

A. No, my feeling on that would have been that one would have licensed them and one would have contacted them and said, Mr. Memco, we want a meeting with you, I am coming out or you are coming in and we want to have a meeting with you to talk about your financial affairs. And so you would sit down, this is only theoretical, this is how I would have proposed, so you would have had a meeting with them and sat down with them and talked frankly about their financial position and expressed concern about these things and put them on notice and saying, you know, if you don't correct these things, we might not be able to license you another year, and we would be following your affairs closely. And during the course of the next several months, sometime after that meeting, you would have had an auditor or one of your in-house auditors go out and inspect their liabilities to make sure that they were on track.

Despite his concerns, but on the assumption that the monthly liability reports were accurate, Mr. Blackwell recommended renewing Memco's licence and leaving its security level of \$600,000 unchanged.

AUDITING OF MEMCO

In the meantime, the Commission was busily engaged in preparing for an outside auditing of Memco and other licensees which Mr. Blackwell had found to be either in "poor" or "very poor" financial shape, that is to say, as having a ranking of "D", "Poor Financial Position—With some concerns about operations and/or security level", or of "E", "Very Poor Financial Position—With serious concern about licensees". Memco's "D" ranking surprised the Commission for, while there were "danger signals", Mr. Blackwell had not expressed any dissatisfaction with its level of security or with the accuracy of monthly liability reporting.

During the summer of 1981, it was decided that there should be full outside audit of all "Cs" and "Ds" (nine) and the "Es" (two) by the Audit Services Bureau in the current fiscal year ending on March 31, 1982. Funds to carry out the first three audits were soon sought and quickly approved, after the licensing personnel expressed concern that many licensees might not be reporting liabilities correctly. Priority was to be given to two licensees which had been

août 1981, de dire que les choses pouvaient restées ainsi jusqu'à la fin de décembre de cette année?

R. Non, j'aurais pensé qu'on aurait renouvelé leur permis et qu'un représentant de la Commission aurait communiqué avec M. Memco pour lui dire: j'aimerais vous rencontrer, à votre bureau ou au nôtre, pour discuter de votre situation financière. En théorie, mais c'est ce que j'aurais proposé, le représentant aurait abordé franchement la question de sa situation financière et lui aurait fait part de la préoccupation de la Commission à ce sujet. Il l'aurait averti que si des correctifs n'étaient pas apportés, il serait peut-être impossible de renouveler le permis pour une autre année et que la situation de l'entreprise ferait l'objet d'une surveillance étroite. Et dans les quelques mois suivant cette rencontre, un vérificateur indépendant ou un vérificateur de la Commission serait allé sur place pour examiner les comptes et s'assurer que l'entreprise était sur la bonne voie.

En dépit de ses réserves, mais en présumant de l'exactitude des déclarations mensuelles, M. Blackwell a recommandé que le permis de Memco soit renouvelé et que sa garantie demeure inchangée à 600 000 \$.

VÉRIFICATION DE MEMCO

Entre temps, la Commission se préparait activement à une vérification externe de Memco et des autres titulaires de permis dont M. Blackwell avait jugé la situation financière «mauvaise» ou «très mauvaise», c'est-à-dire ceux auxquels il avait attribué la cote «D»—«Situation financière mauvaise—Niveau d'exploitation et/ou de garantie douteux», ou la cote «E»—«Situation financière très mauvaise—Renouvellement de permis très douteux». L'attribution à Memco de la cote «D» a causé un certain étonnement à la Commission car malgré les «signes de danger» dont il avait fait état, M. Blackwell n'avait exprimé aucune insatisfaction quant à la garantie déposée ou quant à l'exactitude des déclarations mensuelles.

Au cours de l'été 1981, il a été décidé de faire procéder pour l'année financière se terminant le 31 mars 1982 à une vérification externe complète, par le Bureau des Services de vérification, de tous les titulaires ayant reçu les cotes «C» et «D» (neuf) ainsi que la cote «E» (deux). On eut tôt fait de réunir et de faire approuver les fonds nécessaires aux trois premières vérifications après que les agents d'octroi de permis eurent exprimé des doutes quant à l'exactitude

ranked "E" and one which had been ranked "D". Although Memco had been ranked "D" it was not among the three licensees to be audited in the fall of 1981.

The first of these three audits, which was completed before the end of November 1981, revealed a dramatic underreporting of total liability, to the extent of \$250,000. Mr. Swalwell was worried that this state of affairs represented "the tip of the iceberg" and that it was "imperative we take action quickly to review the remainder of the licensees" which Mr. Blackwell had identified as "being in poor or very poor financial shape" in order to judge "the overall validity of liability reporting".⁶ The second audit also revealed underreporting of liabilities.⁷

By late November 1981, when the three audits were nearing completion, the Economics and Statistics Division requested additional funds for further audits and these were soon approved. In December, Audit Services Bureau prepared a "prioritized" list of audits on which it placed Memco second in order. Shortly thereafter, another audit was added and some change was made in the order of priority shown on that list.

By February 18, 1982, the Audit Services Bureau had completed four of the assigned audits. Also, as part of the audit program, Mr. Blackwell had completed a further four inspections, and an additional ten inspections had been carried out by the Licensing and Bonding section. As allocated audit funds were running out, the commissioners were now asked to authorize a further \$5,000 for the audit of Memco, and that amount was allocated by February 22, 1982. About this time, Audit Services Bureau advised that it could not conduct any more audits before the end of the Commission's current fiscal year, on March 31, 1982.

⁶ Appeal Book, Common Appendix, Vol. 2, at p. 357 (Exhibit 117).

⁷ Evidence, D. N. Kennedy, Transcript, Vol. 6, at p. 963, lines 8-25.

des déclarations de nombreux titulaires. La priorité devait être accordée aux deux titulaires ayant reçu la cote «E» et à un troisième ayant reçu la cote «D». Bien qu'elle ait aussi reçu la cote «D», Memco ne figurait pas parmi les trois titulaires devant faire l'objet d'une vérification à l'automne 1981.

La première de ces trois vérifications, terminée avant la fin de novembre 1981, a révélé une sous-évaluation grave des dettes totales, l'écart atteignant 250 000 \$. Craignant que cette situation représente seulement «la pointe de l'iceberg», M. Swalwell a estimé qu'il était [TRADUCTION] «impératif que nous prenions rapidement des dispositions pour examiner la situation des autres titulaires de permis» que M. Blackwell avait identifiés comme [TRADUCTION] «étant dans une situation financière mauvaise ou très mauvaise», afin de juger de [TRADUCTION] «la validité globale du système de déclaration»⁶. La seconde vérification a également révélé une sous-évaluation des dettes⁷.

À la fin de novembre 1981, les trois vérifications touchant à leur fin, la Division de l'économie et de la statistique a demandé des fonds additionnels, qu'elle a obtenus peu après, afin de mener de nouvelles vérifications. Au mois de décembre, le Bureau des services de vérification a dressé à cet égard une liste de priorité où Memco figurait au deuxième rang. Peu de temps après, une autre vérification a été ajoutée et des changements ont été apportés à l'ordre de priorité indiqué.

Le 18 février 1982, le Bureau des services de vérification avait terminé quatre des vérifications qui lui avaient été demandées. Dans le cadre de ce programme, M. Blackwell avait lui-même mené quatre autres inspections et la section des permis et des cautionnements avait quant à elle procédé à dix inspections additionnelles. Comme les fonds alloués à la vérification s'épuisaient, les commissaires ont dû autoriser un nouveau crédit de 5 000 \$ pour la vérification de Memco, crédit qui fut alloué le 22 février 1982. C'est à cette époque que le Bureau des services de vérification a avisé la Commission qu'il était dans l'impossibilité de mener d'autres vérifications avant

⁶ Dossier d'appel, annexe conjointe, vol. 2, à la p. 357 (pièce 117).

⁷ Transcription du témoignage de D. N. Kennedy, vol. 6, à la p. 963, lignes 8 à 25.

Shortly beforehand, on February 12, 1982, one of the Commission's licensed grain dealers, Econ Consulting Limited, whose licence had been revoked on February 8, went into bankruptcy. Memco itself had reported total liability of \$586,000 as of December 31, 1981, just marginally below the level of its posted security of \$600,000. On February 18, 1982, Mr. Regis Gosselin, the Registrar and Licensing Officer, wrote to Memco demanding an increase in the level of security to \$800,000. His letter mirrored precisely the concerns which Mr. Blackwell had expressed in August 1981. It read:

We have carefully considered your liability reports for the last year and the level of grain handled by your company during the period.

As well, we have asked our financial consultant to review your most recent financial statements. He has been somewhat alarmed by the heavy debt load, deficit working capital and unfavourable profit picture.

With all of those facts in mind, it is our view that the current security level is inadequate and should be increased by an additional \$200,000. This increase should be obtained in the near future, irrespective of any information which may be brought to light by the forthcoming audit. We will also consider the information disclosed by the audit and may again require additional security if it is disclosed that liabilities have not been correctly reported.

The additional security should be put into place in the next several weeks. Failure to do so, may result in the Commission issuing an order for additional security providing for revocation if the terms of the order are not satisfied.⁸

A few days later, the Commission received a rumour from a British Columbia licensee that Memco was in trouble.

The Commission decided to carry out a "rudimentary audit" or inspection of Memco in early March 1982, and assigned this task to Mr. Grant Bolen, the Deputy Licensing Officer, who did it between March 8 and March 11, 1982. He found that as of January 31, 1982, Memco's outstanding liabilities stood at \$791,877 as compared with the total liability reported

la fin de l'année financière en cours de la Commission, le 31 mars 1982.

Peu de temps auparavant, le 12 février 1982, un des négociants en grains titulaire d'un permis de la Commission, Econ Consulting Limited, dont le permis avait été révoqué le 8 février, a fait faillite. Memco avait quant à elle déclaré des impayés totaux de 586 000 \$ au 31 décembre 1981, soit un niveau légèrement inférieur à la garantie de 600 000 \$ qu'elle avait déposée. Le 18 février 1982, M. Regis Gosselin, registraire et agent d'octroi de permis, a fait parvenir à Memco une lettre lui demandant de porter sa garantie à 800 000 \$. M. Gosselin y reprenait point par point les craintes qu'avait exprimées M. Blackwell en août 1981:

[TRADUCTION] Nous avons examiné avec soin vos déclarations quant aux impayés de la dernière année ainsi que le niveau de grain traité par votre entreprise au cours de cette période-là.

En outre, nous avons demandé à notre conseiller financier d'examiner vos plus récents états financiers. Notre conseiller s'est montré très inquiet à votre sujet, compte tenu de votre niveau élevé d'endettement, de votre fonds de roulement déficitaire et de la rentabilité minime de vos activités.

À la lumière de tous ces faits, nous sommes d'avis que la garantie actuelle est insuffisante et qu'il faudrait y ajouter un montant supplémentaire de 200 000 \$. Cette augmentation devrait être obtenue sous peu, quels que soient les renseignements pouvant découler de la prochaine vérification. Nous examinerons également les renseignements en question et nous pourrions exiger à nouveau une garantie supplémentaire, s'il appert de la vérification que le montant déclaré au titre des dettes est inexact.

Il y aurait lieu de déposer cette garantie supplémentaire au cours des prochaines semaines. Sinon, il serait loisible à la Commission de prendre un arrêté portant révocation du permis à défaut de dépôt de cette garantie⁸.

Quelques jours plus tard, un titulaire de permis de la Colombie-Britannique informait la Commission du bruit qui courait concernant les difficultés de Memco.

La Commission a décidé de mener une «vérification rudimentaire» ou examen des comptes de Memco au début du mois de mars 1982; elle a confié cette tâche à M. Grant Bolen, agent d'octroi de permis adjoint, qui s'en est acquitté entre le 8 et le 11 mars 1982. Il a constaté qu'au 31 janvier 1982, les impayés de Memco s'élevaient à 791 877 \$, compa-

⁸ Appeal Book, Common Appendix, Vol. 3, at p. 407 (Exhibit 145).

⁸ Dossier d'appel, annexe conjointe, vol. 3, à la p. 407 (pièce 145).

as of that date of \$360,750 and estimated Memco's liabilities as of March 5 at \$801,538. A bank overdraft of some \$500,000 proved of no significance to him. He also reported that:⁹

Memco have a good accounting system and I could not advise them on how to improve it, when asked, other than making a few more cross references. It was easily followed and I am positive that there [*sic*] records reflect their liability position accurately. I was most pleased with their system and the co-operation received by all. However, I am of the opinion that a follow-up inspection should be made in 3-6 months time.

Memco had yet to meet the Commission's demand of February 18, 1981, for an increase in its level of security, although Mr. Bolen advised the company during his inspection that the Commission was expecting an immediate increase of \$200,000. Despite the fact the security was never increased, no formal order was made against Memco pursuant to subsection 38(2) of the Act. After the completion of Mr. Bolen's inspection, the Commission abandoned its decision to do an outside audit of Memco.

As a result of Mr. Bolen's inspection, the Commission discovered that some of Memco's real estate was for sale. In April 1981, it learned that certain grain producers had been paid with the result that Memco's liabilities were reduced by over \$100,000. However, by early May 1982, the Commission received information that a number of large grain producers' claims had not been disclosed by Memco and, on June 4, 1982, that Memco's liabilities stood at approximately \$1,300,000. It decided not to press the demand for increase of security. At that time, Memco's bankers were still honouring cheques with the result that each cheque cashed by a grain producer meant a corresponding reduction in the total liability figure. On June 10, 1982, when the licensee's bank refused further to honour cheques, the Commission decided to cancel Memco's licence and realize on the existing security of \$600,000. It was soon afterward discovered that Memco's total liability to grain producers stood at \$1,430,000.

rativement au total déclaré à cette date de 360 750 \$, et il a estimé qu'au 5 mars, ils atteignaient 801 538 \$. Il a tenu pour négligeable un découvert bancaire d'environ 500 000 \$. Il a également fait les

a remarques suivantes:⁹

[TRADUCTION] Memco possède un bon système de comptabilité et le seul conseil que j'aie pu donner à la direction a été d'ajouter quelques renvois, ce qui a été fait de bonne grâce. Je suis convaincu que les registres de l'entreprise indiquent ses impayés de façon exacte. J'ai été très satisfait du système en place et de la coopération de la direction. Il y aurait toutefois lieu à mon avis d'effectuer un suivi dans un délai de 3 à 6 mois.

c Memco n'avait toujours pas augmenté sa garantie comme le lui avait demandé la Commission le 18 février 1981, bien que M. Bolen ait prévenu la direction, au cours de son examen, qu'on souhaitait une augmentation immédiate de 200 000 \$. Malgré le fait d que la garantie n'ait jamais été accrue, aucun arrêté n'a été officiellement pris contre Memco en application du paragraphe 38(2) de la Loi. Après l'examen de M. Bolen, la Commission a renoncé à sa décision e de demander une vérification externe de Memco.

f Grâce à l'examen de M. Bolen, la Commission a découvert que certaines propriétés immobilières de Memco étaient à vendre. Au mois d'avril 1981, elle a appris que certains producteurs de grains avaient été payés, ce qui réduisait les impayés de Memco de plus de 100 000 \$. Cependant, au début du mois de mai 1982, la Commission a été informée que Memco n'avait pas divulgué certaines réclamations élevées g des producteurs et qu'au 4 juin 1982, les impayés de Memco s'élevaient à environ 1 300 000 \$. Elle a décidé de ne pas renouveler sa demande d'augmentation de la garantie. À cette époque, les banquiers de Memco continuaient d'honorer ses chèques, si bien h que chaque chèque encaissé par un producteur entraînait une réduction correspondante du montant total des dettes. C'est le 10 juin 1982, jour où la banque du titulaire a refusé de continuer à honorer les chèques, i que la Commission a décidé de révoquer le permis de Memco et de réaliser la garantie existante de 600 000 \$. Peu après, on découvrait que les dettes totales que Memco avait contractées envers les producteurs de grains s'élevaient à 1 430 000 \$.

⁹ Appeal Book, Common Appendix, Vol. 3, at p. 451 (Exhibit 159).

⁹ Dossier d'appel, annexe conjointe, vol. 3, à la p. 451 (pièce 159).

THE JUDGMENT BELOW

The following findings of the Trial Judge bear importantly upon the issues which arise for decision in these proceedings:

1. Prior to 1981, the Commission's policy was to require licensees to report monthly their total liability as at the end of the previous month. The accuracy of these monthly reports was relied upon as no audits were performed and inspections were carried out only if problems appeared.

2. In 1981, this policy was replaced as a result of the Blackwell study which was submitted to the Commission in March of that year and the financial reviews which he conducted during the summer of that year.

3. When these reviews revealed that a high proportion of the licensees were in varying degrees of financial difficulty, the Commission decided that all twelve of them, ranked by Mr. Blackwell as "poor" or "very poor", should be audited before the end of the current fiscal year on March 31, 1982.

4. Neither an audit nor an inspection of Memco was carried out between August 1981 and March 1982 despite many warning signs and a general recognition by Commission officials of Memco's tenuous financial strength. Although Memco was first placed as high priority on lists for auditing, it was later passed over or "bumped" in favour of other licensees and in fact was never audited.

5. Though the Deputy Licensing Officer's inspection of Memco in March 1982 revealed significant underreporting, it failed to uncover even more underreporting and a critical lack of adequate security. In fact, this person was not qualified to do audits of this kind.

LE JUGEMENT DE PREMIÈRE INSTANCE

Les conclusions suivantes du juge de première instance revêtent une importance considérable quant aux questions que nous devons trancher en l'espèce:

1. Avant 1981, la politique de la Commission consistait à exiger des titulaires de permis qu'ils déclarent chaque mois le total de leurs impayés à la fin du mois écoulé. On se fiait à l'exactitude de ces rapports mensuels, aucune vérification n'étant effectuée et des examens n'étant menés que ponctuellement en cas de difficultés.

2. En 1981, cette politique fut remplacée par suite de l'étude que M. Blackwell avait soumise à la Commission au mois de mars de cette année et des examens financiers auxquels il avait procédé au cours de l'été.

3. Ces examens ayant révélé qu'une forte proportion des titulaires de permis étaient, à différents degrés, en difficulté financière, la Commission a décidé que les douze auxquels M. Blackwell avait attribué la cote «mauvaise» ou «très mauvaise» devaient faire l'objet d'une vérification avant la fin de l'année financière en cours le 31 mars 1982.

4. Memco n'a fait l'objet d'aucune vérification ni d'aucun examen entre août 1981 et mars 1982, malgré de nombreux signaux d'alarme et le fait que les dirigeants de la Commission connaissaient la fragilité de sa santé financière. Bien que l'entreprise ait d'abord été placée en tête de liste quant aux vérifications à mener, elle a perdu sa place au profit d'autres titulaires et n'a jamais en fait été l'objet d'une vérification.

5. Bien que l'examen effectué par l'agent d'octroi de permis adjoint, en mars 1982, ait révélé un niveau important de dettes non déclarées, il n'a pas permis de découvrir leur ampleur réelle et l'insuffisance critique de garantie. En fait, cet agent n'était pas qualifié pour mener des vérifications de cette nature.

6. The Commission could have properly inspected Memco at an earlier date and without incurring significant financial disbursements.

7. The evidence at trial was unequivocal that the plaintiffs relied upon security posted by Memco to protect themselves in the event of that company's demise.

8. The evidence also showed that the Commission had exposed the plaintiffs and other grain producers to the financially irresponsible practices of Memco.

9. There was no evidence that the deferred pricing transactions were formally disapproved of by the Commission or that the Commission considered them to be outside the scope of the security arrangements in the Act.

An examination of the record satisfies me that there was some evidence to support each of these findings. They were made after a trial which took up 11 hearing days and at which many witnesses were called by both sides, several of whom testified as to the contents of documents which they had prepared a number of years earlier. It is apparent that the Trial Judge was faced with several inconsistencies in the testimony of some of the witnesses called on behalf of the appellant and with having to evaluate explanations of things done or omitted to be done many years after the events occurred. The task was not an easy one, in my view. It is a well-known rule that the ability of an appellate court to interfere in a finding of fact is limited to palpable and overriding error which affected a Trial Judge's assessment of the facts, as was pointed out by Ritchie J. in *Stein et al. v. The Ship "Kathy K" et al.*, [1976] 2 S.C.R. 802, at page 808:

These authorities are not to be taken as meaning that the findings of fact made at trial are immutable, but rather that they are not to be reversed unless it can be established that the learned trial judge made some palpable and overriding error which affected his assessment of the facts. While the Court of Appeal is seized with the duty of re-examining the evidence in order to be satisfied that no such error occurred, it is not, in my view, a part of its function to substitute its assessment of the balance of probability for the findings of the judge who presided at the trial.

See also *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 S.C.R. 1247. A successful attack

6. La Commission aurait pu procéder plus tôt à une inspection appropriée de Memco, sans engager pour autant des frais élevés.

7. La preuve faite à l'instruction a révélé de façon non équivoque que les demandeurs se fondaient sur la garantie déposée par Memco pour les protéger en cas de défaut de l'entreprise.

8. Il ressort également de la preuve que la Commission a exposé les demandeurs et d'autres producteurs de grains aux pratiques financières irresponsables de Memco.

9. Il n'y avait aucune preuve indiquant que la Commission désapprouvait officiellement les pratiques d'établissement reporté des prix ou qu'elle les jugeait non couvertes par les dispositions de la Loi visant la garantie.

Un examen du dossier me convainc que chacune de ces conclusions repose sur des éléments de preuve. Elles découlent de onze jours d'audience, pendant lesquels de nombreux témoins ont été produits des deux côtés, plusieurs étant appelés à exposer le contenu de documents préparés nombre d'années auparavant. Il est manifeste que le juge qui a présidé l'instruction a dû démêler plusieurs contradictions dans les dépositions de certains témoins de l'appelante et apprécier, quant à des actes ou à des omissions, des explications fournies plusieurs années après les événements. Ce n'était pas là, à mon avis, chose facile. Il est bien établi que la capacité d'une cour d'appel de modifier une conclusion de fait est limitée à l'erreur manifeste et dominante ayant faussé l'appréciation des faits par le juge de première instance. Le juge Ritchie a énoncé cette règle dans l'arrêt *Stein et autres c. Le navire «Kathy K» et autres*, [1976] 2 R.C.S. 802, à la page 808:

On ne doit pas considérer que ces arrêts signifient que les conclusions sur les faits tirées en première instance sont intangibles, mais plutôt qu'elles ne doivent pas être modifiées à moins qu'il ne soit établi que le juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits. Bien que la Cour d'appel ait l'obligation de réexaminer la preuve afin de s'assurer qu'aucune erreur de ce genre n'a été commise, j'estime qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation de la prépondérance des probabilités aux conclusions tirées par le juge qui a présidé le procès.

Voir également l'arrêt *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1247.

upon a finding of fact, while possible, is not easily made out in an appellate court.

On the basis of these findings and of the law, the learned Trial Judge concluded that the Commission had failed to act with reasonable care in the execution of its policy or discretionary decisions for ascertaining the financial strength of Memco and the adequacy of the posted security. There was, in his view, a duty of care owed by the Commission to the respondents who had relied upon the security arrangements provided for in the Act as sufficient to secure Memco's contractual obligations to each of them. In his view, this breach of duty caused the respondents' damages and these damages were compensable though purely economic. Finally, he rejected the appellant's contention that certain of the respondents were contributorily negligent by agreeing to enter into deferred pricing arrangements or that others were also negligent by agreeing to accept a delay in the payment of the purchase price of grain in exchange for an increase in the price initially agreed to.

SPECIFIC ISSUES

The specific issues raised by the appellant may be summarized as follows:

1. Did the Trial Judge misconstrue the Act?
2. Was there a duty of care owed to the respondents?
3. What was the standard of care in the circumstances?
4. Was there a breach of the standard?
5. Did the breach cause the losses claimed?
6. Can the plaintiffs recover for purely economic loss?
7. Were the plaintiffs contributorily negligent?
8. Were the damages properly assessed?

Même si la chose est possible, il n'est donc pas facile de contester avec succès en appel une conclusion de fait.

a Au vu de ces conclusions de fait et des règles de droit, le juge de première instance a conclu que la Commission n'avait pas agi de façon raisonnablement prudente dans l'application de sa politique ou des décisions discrétionnaires en vue de s'assurer de la santé financière de Memco et du niveau suffisant de la garantie déposée. À son avis, la Commission assumait une obligation de diligence envers les intimés, lesquels se fiaient au système prévu par la Loi pour garantir les obligations qu'avait contractées Memco à l'égard de chacun d'eux. D'après lui, ce manquement à l'obligation de diligence a causé aux intimés des dommages, lesquels pouvaient être réparés malgré leur nature purement économique. *b* Enfin, le juge de première instance a rejeté l'argument de l'appelante suivant lequel il y avait eu négligence concourante de la part des intimés, certains ayant accepté des ententes d'établissement reporté des prix, d'autres ayant convenu d'un délai dans le paiement du prix d'achat du grain en échange d'une augmentation du prix initialement convenu. *c* *d* *e*

QUESTIONS SOULEVÉES EN L'ESPÈCE

- f* On peut résumer ainsi les questions que soulève l'appelante:
1. Le juge de première instance a-t-il mal interprété la Loi?
 2. L'appelante avait-elle une obligation de diligence envers les intimés?
 3. Quelle était la norme de prudence applicable dans les circonstances?
 4. Y a-t-il eu violation de cette norme?
 5. Cette violation a-t-elle causé les pertes alléguées?
 6. Les demandeurs peuvent-ils être indemnisés pour un préjudice purement financier?
 7. Y a-t-il eu négligence concourante de la part des demandeurs?
 8. Les dommages ont-ils été correctement évalués?

The above-mentioned treatment of interest by the Trial Judge in his assessment of damages in both actions, and his alleged failure to consider and dispose of claims for damages for negligent misstatement, are raised by the cross-appeals.

I shall now deal with these issues *seriatim*.

DISCUSSION AND ANALYSIS

Statutory construction

The appellant attacks the construction which the Trial Judge placed upon paragraph 36(1)(c) of the Act. The learned Judge was of the view that this paragraph, and especially so when read with subsection 36(2), placed a duty on the Commission to be satisfied that an applicant for a licence under subsection 35(1) is financially able to carry on the intended business and has posted "security . . . sufficient to ensure that all obligations to holders of documents for the payment of money . . . issued by the applicant pursuant to this Act will be met". The appellant submits that no such duty is created and that if any duty is created, it requires an applicant for a licence to provide a sufficiency of security "to the satisfaction of the Commission".

I do not read paragraph 36(1)(c) in that way. The intention to cast upon the Commission an obligation to be satisfied as to the sufficiency of security is manifest. To put the matter shortly, while Memco was obliged to post the security, it was the Commission's obligation to be satisfied as to its sufficiency. I might add that the Commission also had an obligation to be satisfied as to the licensee's financial ability to carry on the business to which the licence related. I leave for later discussion the contention that the Commission acted properly within its discretion in fixing the amount of security posted by Memco and the adequacy thereof throughout the period in issue.

The appellant asserts that by holding that an insufficiency of security "was capable of being remedied by the Commission" in a timely fashion and also that there had been a negligent failure on the part of the

Quant aux appels incidents, ils soulèvent la question du traitement que le juge de première instance, dans les deux actions, a réservé aux intérêts dans son appréciation des dommages, et celle de son défaut présumé de statuer sur la demande de dommages-intérêts pour fausse déclaration négligente.

J'examinerai séparément chacune de ces questions.

EXAMEN ET ANALYSE

Interprétation législative

L'appelante conteste l'interprétation que le juge de première instance a donnée à l'alinéa 36(1)c) de la Loi. Ce dernier s'est dit d'avis que cet alinéa, surtout lorsqu'on le rapproche du paragraphe 36(2), impose à la Commission l'obligation de s'assurer que le demandeur de permis en vertu du paragraphe 35(1) est financièrement capable d'exploiter l'entreprise proposée et qu'il a donné «une garantie suffisante pour assurer le respect de tous les engagements envers les détenteurs de documents, relatifs au versement de fonds, établis par le requérant en application de la présente loi». Or, l'appelante soutient qu'une telle obligation n'existe pas et que s'il en existe une, c'est celle qui incombe au requérant de donner une garantie suffisante «à la satisfaction de la Commission».

Telle n'est pas mon interprétation de l'alinéa 36(1)c). L'intention d'imposer à la Commission l'obligation de s'assurer du caractère suffisant de la garantie est en effet manifeste. En bref, Memco étant tenue de déposer la garantie, il était du devoir de la Commission de s'assurer que cette garantie était suffisante. J'ajouterais que la Commission avait également l'obligation de s'assurer de la capacité financière du titulaire de poursuivre l'exploitation visée par le permis. J'examinerai plus loin l'argument voulant que la Commission ait légitimement agi à l'intérieur de son pouvoir discrétionnaire en fixant le montant de la garantie donnée par Memco, et la question du niveau suffisant de cette garantie au cours de la période en cause.

L'appelante soutient qu'en concluant que la Commission «aurait pu remédier» en temps voulu à l'insuffisance de la garantie et que les fonctionnaires de la Commission avaient fait preuve de négligence

Commission's officers "in fulfilling their statutory mandate as well as their common law duty of care to grain producers" the Trial Judge neglected to read the statute as a whole. If that had been done, it would have been seen that the Commission's ability to require the posting of additional security pursuant to subsection 38(1) is subject to the procedural safeguards contained in paragraph 77(1)(c).

I am not satisfied that the Trial Judge erred. While these safeguards are no doubt designed to protect a licensee against a wrongful revocation of his licence, their existence did not diminish the duty cast upon the Commission under paragraph 36(1)(c). The Commission was free, of course, to adopt measures for the fulfilment of that duty but, having done so, it was required to act with reasonable care in their implementation.

The appellant submits that the Act was not passed for the benefit or protection of a particular class but in the interest of the country as a whole, and relies in this regard on *Saskatchewan Wheat Pool v. R.*, [1981] 2 F.C. 212 (C.A.), at pages 219-220. I take this argument to be aimed at establishing the proposition that, if there be no special protection for holders, then the Act does not support any private law liability. Even if that proposition be true, I cannot accept the appellant's reading of *Saskatchewan Wheat Pool*. Paragraph 36(1)(c) was not in issue, and the Court was there primarily concerned with the construction of section 11 of the Act. The Supreme Court of Canada made no comment on the point in dismissing a final appeal (*R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205).

Duty of care

It is, of course, axiomatic that the existence of a duty of care is essential to a good cause of action in negligence. As Lord Esher M. R. stated almost a century ago in *Le Lievre v. Gould*, [1893] 1 Q.B. 491 (C.A.), at page 497:

A man is entitled to be as negligent as he pleases towards the whole world if he owes no duty to them.

«lors de l'exécution de leur mandat d'origine législative et de leur devoir de prudence reconnu en common law envers les producteurs de grains», le juge de première instance a négligé de tenir compte de l'ensemble de la Loi. L'eût-il fait qu'il aurait constaté que le pouvoir de la Commission d'exiger le dépôt d'une garantie supplémentaire en vertu du paragraphe 38(1) est assujéti aux garanties procédurales édictées à l'alinéa 77(1)c).

Je ne suis pas convaincu que le juge de première instance ait commis une erreur. Bien que ces garanties visent sans aucun doute à protéger le titulaire contre la révocation illégale de son permis, leur existence ne diminue pas le devoir incombant à la Commission en vertu de l'alinéa 36(1)c). Il était certes loisible à la Commission d'adopter des mesures propres à assurer l'exécution de ce devoir mais, l'ayant fait, elle se devait d'agir de façon raisonnablement prudente dans la mise en œuvre de ces mesures.

S'appuyant sur l'arrêt *Saskatchewan Wheat Pool c. R.*, [1981] 2 C.F. 212 (C.A.), aux pages 219 et 220, l'appelante fait valoir que la Loi n'a pas été adoptée pour le bénéfice ou la protection d'une classe particulière mais dans l'intérêt de l'ensemble du pays. De cet argument découlerait la proposition suivant laquelle, en l'absence d'une protection spéciale visant les détenteurs, la Loi n'engendrerait alors aucune responsabilité de droit privé. Même si cette proposition était juste, je ne puis souscrire à la lecture que l'appelante fait de l'arrêt *Saskatchewan Wheat Pool*. L'alinéa 36(1)c) n'y était pas en litige et la Cour s'était attachée avant tout à l'interprétation de l'article 11 de la Loi. La Cour suprême du Canada n'a quant à elle fait aucun commentaire sur ce point en rejetant le pourvoi final (*R. du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205).

Obligation de diligence

Il est évident que l'existence d'une obligation de diligence est un élément essentiel à toute cause d'action fondée sur la négligence. Comme l'a déclaré lord Esher, maître des rôles, il y a près d'un siècle, dans l'arrêt *Le Lievre v. Gould*, [1893] 1 Q.B. 491 (C.A.), à la page 497:

[TRADUCTION] Toute personne a le droit d'être négligente comme il lui plaît à l'égard du monde entier si elle n'a aucune obligation envers lui.

The duty concept is a device which the courts have developed to control the extent to which defendants would otherwise be liable in negligence. In its modern manifestation as a basic principle of negligence, it owes its origin to the following words of Lord Atkin in *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), at pages 580-581:

Who, then, in law is my neighbour? The answer seems to be—persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question . . . I think that this sufficiently states the truth if proximity be not confined to mere physical proximity, but be used, as I think it was intended, to extend to such close and direct relations that the act complained of directly affects a person whom the person alleged to be bound to take care would know would be directly affected by his careless act.

That case was not concerned with a duty of care owed by a government agency. Subsequent cases have seen the specific application of the principle enunciated by Lord Atkin.

In *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228, a majority of the Supreme Court applied the more recent formulation of Lord Wilberforce in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), for determining whether a government agency owes a private law duty of care. That formulation was departed from in England in *Murphy v. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398 (H.L.), which also involved a claim for purely economic loss. In *Murphy*, the House of Lords decided that foreseeability of the damages was an unsatisfactory test of proximity even though it would be applicable in most cases of physical loss or damage. That judgment, although not binding on us, is of high persuasive authority. It is not, of course, for this Court to resolve the apparent conflict between that case and the decisions of the Supreme Court of Canada which have applied the *Anns* formulation. While *Just, supra*, involved an action in negligence against a government agency for physical injury, I understand the judgment of the majority as setting forth a set of the basic principles by which the liability of a government agency in negligence is to be determined, whether the nature of the losses be physical or economic or a combination of both.

La notion d'obligation est un moyen que les tribunaux ont élaboré pour contrôler l'étendue de la responsabilité des défendeurs par suite de négligence. Dans sa manifestation contemporaine comme principe fondamental d'une telle responsabilité, elle tire son origine des propos suivants de lord Atkin dans *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), aux pages 580 et 581:

[TRADUCTION] Qui est donc mon prochain en droit? La réponse semble être: les personnes qui sont de si près et si directement touchées par mon acte que je devrais raisonnablement envisager le risque qu'elles courent lorsque je pense aux actes ou omissions en question . . . Je crois que cela correspond suffisamment à la réalité, si on ne limite pas la proximité à une simple proximité physique mais qu'on l'étend, comme je pense qu'on l'entendait, à des relations si rapprochées et si directes, que l'acte incriminé touche directement une personne alors que celui qui est censé être prudent sait qu'elle sera directement touchée par sa négligence.

Cet arrêt ne portait pas sur une obligation de diligence assumée par un organisme gouvernemental. Des décisions subséquentes ont entraîné l'application précise du principe énoncé par lord Atkin.

Dans *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228, une majorité de la Cour suprême a appliqué la formulation plus récente donnée par lord Wilberforce dans *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), pour déterminer si un organisme gouvernemental a une obligation de diligence relevant du droit privé. Cette formulation n'a pas été reprise en Angleterre dans l'arrêt *Murphy v. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398 (H.L.), qui tranchait aussi une demande fondée sur un préjudice purement financier. Dans l'arrêt *Murphy*, la Chambre des lords a conclu que la prévisibilité des dommages n'était pas un critère satisfaisant de proximité même s'il pouvait s'appliquer à la plupart des affaires fondées sur des préjudices ou des dommages matériels. Même s'il ne nous lie pas, cet arrêt revêt une très grande autorité. Bien sûr, il n'appartient pas à cette Cour de résoudre le conflit apparent entre cet arrêt et les décisions de la Cour suprême du Canada qui ont appliqué la formulation donnée dans l'arrêt *Anns*. Même si l'arrêt *Just*, précité, portait sur une action fondée sur la négligence intentée contre un organisme gouvernemental par suite d'une blessure, la décision de la majorité énonce selon moi un ensemble de principes fondamentaux permettant d'établir la responsabilité d'un organisme gouverne-

As I have said, Cory J. gave as the test for determining the existence of a duty of care the two-stage approach enunciated by Lord Wilberforce in *Anns*, when he stated at page 1235:

In cases such as this where allegations of negligence are brought against a government agency, it is appropriate for courts to consider and apply the test laid down by Lord Wilberforce in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728. At pages 751-752 he set out his position in these words:

Through the trilogy of cases in this House—*Donoghue v. Stevenson* [1932] A.C. 562, *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.* [1964] A.C. 465, and *Dorset Yacht Co. Ltd. v. Home Office* [1970] A.C. 1004, the position has now been reached that in order to establish that a duty of care arises in a particular situation, it is not necessary to bring the facts of that situation within those of previous situations in which a duty of care has been held to exist. Rather the question has to be approached in two stages. First one has to ask whether, as between the alleged wrongdoer and the person who has suffered damage there is a sufficient relationship of proximity or neighbourhood such that, in the reasonable contemplation of the former, carelessness on his part may be likely to cause damage to the latter - in which case a prima facie duty of care arises. Secondly, if the first question is answered affirmatively, it is necessary to consider whether there are any considerations which ought to negative, or to reduce or limit the scope of the duty or the class of person to whom it is owed or the damages to which a breach of it may give rise: see *Dorset Yacht* case [1970] A.C. 1004, per Lord Reid at p. 1027. [Emphasis added.]

That test received the approval of the majority of this Court in *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2. As well it was specifically referred to by both Beetz and L'Heureux-Dubé JJ. in *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705. It may be that the two-step approach as suggested by Lord Wilberforce should not always be slavishly followed. See *Yuen Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] A.C. 175 (P.C.), at pp. 190, 191 and 194. Nevertheless it is a sound approach to first determine if there is a duty of care owed by a defendant to the plaintiff in any case where negligent misconduct has been alleged against a government agency.

The *Anns* approach was also applied in *Rothfield v. Manolakos*, [1989] 2 S.C.R. 1259.

mental, qu'il s'agisse d'un préjudice matériel, d'un préjudice financier ou d'une combinaison des deux.

Comme je l'ai déjà dit, le juge Cory a repris comme critère pour établir l'existence d'une obligation de diligence le processus à deux étapes énoncé par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns*, lorsqu'il a déclaré ce qui suit à la page 1235:

Dans les cas où, comme en l'espèce, des allégations de négligence sont dirigées contre un organisme gouvernemental, il y a lieu, pour les tribunaux, d'appliquer les critères établis par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728. Voici ce qu'il déclare aux pp. 751 et 752.

[TRADUCTION] Les trois arrêts suivants de la présente cour—*Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562, *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465, et *Dorset Yacht Co. Ltd. v. Home Office*, [1970] A.C. 1004, ont établi le principe selon lequel, lorsqu'il s'agit de prouver qu'il existe une obligation de diligence dans une situation donnée, il n'est pas nécessaire de démontrer que les faits de cette situation sont semblables aux faits de situations antérieures où il a été jugé qu'une telle obligation existait. Il faut plutôt aborder cette question en deux étapes. En premier lieu, il faut se demander s'il existe, entre l'auteur allégué de la faute et la personne qui a subi le préjudice, un lien suffisamment étroit de proximité ou de voisinage pour que le manque de diligence de la part de l'auteur de la faute puisse raisonnablement être perçu par celui-ci comme étant susceptible de causer un préjudice à l'autre personne—auquel cas il existe à première vue une obligation de diligence. Si on répond par l'affirmative à la première question, il faut se demander en second lieu s'il existe des motifs de rejeter ou de restreindre la portée de l'obligation, la catégorie de personnes qui en bénéficient ou les dommages qui peuvent découler de l'inexécution de cette obligation: voir l'affaire *Dorset Yacht*, [1970] A.C. 1004, lord Reid à la p. 1027. [Je souligne.]

Ces critères ont reçu l'approbation de la majorité de notre Cour dans l'arrêt *Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2. Les juges Beetz et L'Heureux-Dubé les ont également spécifiquement mentionnés dans l'arrêt *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705. Certes, il n'est peut-être pas toujours souhaitable d'adopter servilement cette démarche en deux temps: voir *Yuen Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] A.C. 175 (C.P.), aux pp. 190, 191 et 194. Néanmoins, dans tous les cas où on allègue la conduite négligente d'un organisme gouvernemental, il est opportun de déterminer d'abord si le défendeur avait, envers le demandeur, une obligation de diligence.

Le critère établi dans l'arrêt *Anns* a également été appliqué dans *Rothfield c. Manolakos*, [1989] 2 R.C.S. 1259.

In *Just, supra*, a duty of care reasonably to maintain a highway was found to exist in the invitation of the defendant to use certain skiing facilities and the highway leading to them. As Cory J. stated, at page 1236, the “appellant as a user of the highway was certainly in sufficient proximity to the respondent to come within the purview of that duty of care”.

It is evident that paragraph 36(1)(c) of the Act was enacted with a view to protecting those grain producers who are holders of documents by requiring the posting of security by a “bond, insurance or otherwise” sufficient to meet a licensee’s “obligations” to them and cast upon the Commission an obligation to be satisfied as to the sufficiency of that security.

It was not contended, and I do not suggest, that these provisions of themselves created liability in favour of the respondents. The learned Trial Judge pointed out that, in the words of Dickson J. (as he then was) in *R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool, supra*, a “nominate tort of statutory breach giving a right to recovery merely on proof of breach and damages should be rejected” although “[P]roof of statutory breach, causative of damages, may be evidence of negligence”. In the same judgment, at page 225, Dickson J. stated: “Breach of statute, where it has an effect upon civil liability, should be considered in the context of the general law of negligence”. It would seem, therefore, permissible to have regard to the foregoing provisions of the Act in considering whether one of the major elements of negligence—duty of care—exists.

The statute provides strong evidence of a private law duty of care. I think it is sufficient for me to add that there is nothing in the set of Commission-producer relations that would cause me to think that the purpose of the duty concept (to control tort liability within the bounds of reason and good commercial sense) would suffer a disservice if I were to

Dans l’arrêt *Just*, précité, la Cour a conclu qu’une obligation de diligence relativement à l’entretien raisonnable d’une route découlait de l’invitation, lancée par la défenderesse, à l’utilisation de certains centres de ski et de la route qui y conduisait. Comme l’a déclaré le juge Cory à la page 1236, «[e]n tant qu’usager de la route, l’appelant avait certainement avec l’intimée un lien de proximité suffisante pour être visé par l’obligation de diligence».

Il est évident que l’adoption de l’alinéa 36(1)(c) de la Loi avait pour but de protéger les producteurs de grains qui sont détenteurs de documents en obligeant les titulaires de permis à donner, sous forme de «cautionnement, d’assurance ou sous une autre forme», une garantie suffisante pour assurer le respect de leurs «engagements» envers eux et en donnant à la Commission l’obligation de s’assurer que cette garantie est suffisante.

On n’a pas prétendu et je ne maintiens pas que ces dispositions en elles-mêmes ont créé une responsabilité en faveur des intimés. Le juge de première instance a souligné, en employant les mots du juge Dickson (tel était alors son titre) dans l’arrêt *R. du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, précité, que la «notion d’un délit civil spécial de violation d’une obligation légale qui donnerait droit à des dommages-intérêts sur simple preuve d’une violation et d’un préjudice doit être rejetée» bien que «[l]a preuve de la violation d’une loi, qui cause un préjudice, peut être une preuve de négligence». Dans la même décision, à la page 225, le juge Dickson a déclaré ce qui suit: «La violation d’une loi, lorsqu’elle a une incidence sur la responsabilité civile, doit être considérée dans le contexte du droit général de la responsabilité pour négligence». Il semble donc qu’on peut tenir compte des dispositions susmentionnées de la Loi pour établir l’existence d’un des éléments fondamentaux de la négligence—l’obligation de diligence.

La Loi fournit une forte preuve de l’existence d’une obligation de diligence de droit privé. Il me suffira d’ajouter qu’aucun élément de l’ensemble des relations Commission-producteur ne me porte à croire que ce serait nuire au but visé par la notion d’obligation (soit maintenir la responsabilité délictuelle dans les limites de la raison et du bon sens

find a duty of care in this case. To the contrary, the evidence was that the Commission's role in duly administering the licensing and bonding provisions of the Act and Regulations was a cardinal component of the Canadian grain trade. The policy it adopted for the purpose is beyond attack, there being no evidence that it did not constitute a reasonable exercise of *bona fide* discretion. I am satisfied that a relationship of proximity, such as gave rise to a private law duty of care, came into existence.

Because the nature of the losses claimed are economic rather than physical, the appellant urges that consideration be given to additional factors as valid bases for excluding a duty of care. The recent decisions of the Privy Council in *Yuen Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] A.C. 175 (referred to in *Just, supra*) and *Davis v. Radcliffe*, [1990] 2 All ER 536 (P.C.), are relied on in support.

The factors raised are the following. First, the respondents belonged to a wide and ever-changing class of persons as producers of grain having dealings with a licensee. Secondly, the Commission had no ability to control the day-to-day business operations of the third-party licensee. Thirdly, the Commission's ability to discover the licensee's financial weaknesses and shortage of security was limited by the nature of the problem, which was fluid and subject to change. Finally, the Commission's power to require a financially weak licensee to increase its level of security was quasi-judicial. The contention is that these factors should lead the Court to find that the relationship between the Commission and the respondents was not sufficiently proximate as to give rise to a duty of care.

Moreover, the appellant submits that, as the functions delegated to the Commission under the statutory scheme were to be exercised in the general public interest as a whole, as this Court stated in *Saskatchewan Wheat Pool, supra*, the decisions facing the Commission with respect to the sufficiency of

commercial) que de conclure à l'existence d'une obligation de diligence en l'espèce. Au contraire, la preuve a démontré que le rôle de la Commission dans l'application adéquate des dispositions de la Loi et du Règlement relatives aux permis et aux cautionnements était un élément essentiel du commerce canadien des grains. La politique qu'elle a adoptée à cette fin est inattaquable, puisqu'aucune preuve n'établit qu'elle n'a pas constitué un exercice raisonnable de son pouvoir discrétionnaire réel. Je suis convaincu qu'une relation de proximité comme celle qui entraîne une obligation de diligence de droit privé a été créée.

Parce que les préjudices visés sont de nature financière plutôt que matérielle, l'appelante demande à la Cour d'étudier des facteurs supplémentaires comme fondements valides de l'exclusion d'une obligation de diligence. Elle invoque à cette fin les décisions récentes du Conseil privé dans l'affaire *Yuen Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] A.C. 175 (mentionnée dans l'arrêt *Just*, précité) et l'arrêt *Davis v. Radcliffe*, [1990] 2 All ER 536 (P.C.).

Les facteurs invoqués sont les suivants. En premier lieu, les intimés appartenaient à une catégorie vaste et changeante de personnes à titre de producteurs de grains faisant affaire avec un titulaire de permis. En deuxième lieu, la Commission n'était pas en mesure de contrôler les opérations commerciales quotidiennes du tiers titulaire de permis. En troisième lieu, la possibilité pour la Commission de découvrir les faiblesses financières du titulaire de permis et l'insuffisance de la garantie était limitée par la nature du problème, qui était fluide et fluctuant. En dernier lieu, le pouvoir de la Commission d'exiger d'un titulaire de permis financièrement précaire qu'il accroisse sa garantie était de nature quasi-judiciaire. Selon l'appelante, ces facteurs devraient amener la Cour à conclure que la relation entre la Commission et les intimés n'était pas suffisamment étroite pour entraîner une obligation de diligence.

De plus, selon l'appelante, puisque les fonctions déléguées à la Commission sous le régime de la Loi devaient être exercées dans l'intérêt public en général, comme l'a déclaré cette Cour dans l'arrêt *Saskatchewan Wheat Pool*, précité, les décisions que devaient prendre la Commission à l'égard de la suffi-

the security were, to use a term employed by Lord Keith in *Yuen Kun Yeu* and by Lord Goff in *Davis*, "delicate". As I have already stated, *Saskatchewan Wheat Pool* does not support the premise upon which this submission is based.

It may well be that factors such as the appellant suggests may have to be considered and weighed in an appropriate case. However, I am not persuaded that they can assist in determining the existence of a duty of care in the circumstances of the present case. Both *Yuen Kun Yeu* and *Davis* involved the loss of money by depositors upon the collapse of a regulated financial institution and, particularly, from the alleged negligent failure of the regulatory authority to discover the problem and to take timely action to correct it by revocation of a licence or by deregistration. The statutory framework in the case at bar is materially different from that which obtained in either of those cases. There, it is apparent that both enactments conferred broad general authority to regulate in the public interest and without any requirement to protect the interests of members of any particular group in their dealings with a regulated institution. This differs from the case at bar. Parliament has expressly provided for the protection of interests of members of a defined group—the holders of documents—and in a particular manner, viz. by requiring the posting of security to the satisfaction of the Commission and by ensuring the availability of a remedy to the holders of documents either indirectly or by direct action pursuant to subsection 38(2) of the Act.

The appellant makes a final argument, based upon the fact that this case involves a claim for purely economic loss rather than physical loss, for denying the existence of a duty of care. The recoverability of such a loss will be addressed separately. While it may well be necessary to consider the nature of the loss claimed as a factor at this stage in some circumstances, I am not persuaded that we should do so in the present case. As we have seen, the existence of a duty of care does not automatically lead to the imposition of liability on a government agency. In the

sance de la garantie étaient «délicates», pour reprendre une expression employée par lord Keith dans l'arrêt *Yuen Kun Yeu* et par lord Goff dans l'arrêt *Davis*. Comme je l'ai déjà dit, l'arrêt *Saskatchewan Wheat Pool* n'appuie pas la prémisse sur laquelle se fonde cette prétention.

Il se peut fort bien que des facteurs comme ceux que l'appelante suggère doivent être étudiés et évalués dans une espèce appropriée. Toutefois, je ne suis pas convaincu qu'ils puissent nous aider à déterminer l'existence d'une obligation de diligence dans les circonstances de l'espèce. Dans les affaires *Yuen Kun Yeu* et *Davis*, il s'agissait de pertes financières subies par des déposants par suite de l'écroulement d'une institution financière réglementée et, particulièrement, en raison de l'omission prétendument négligente de l'organisme de réglementation de déceler le problème et de prendre en temps opportun des mesures correctives comme la révocation d'un permis ou la radiation d'un enregistrement. Le cadre législatif de l'espèce diffère fondamentalement de celui qui s'appliquait à ces affaires. Dans ces dernières, il est manifeste que les deux dispositions législatives accordaient un vaste pouvoir général de réglementation dans l'intérêt public, sans prévoir d'obligation de protéger les intérêts de membres d'un groupe particulier dans leurs relations avec un organisme réglementé. Telle n'est pas la situation en l'espèce. Le Parlement a prévu expressément la protection des intérêts des membres d'un groupe défini—les détenteurs de documents—et ce, d'une façon particulière, c'est-à-dire en exigeant le dépôt d'une garantie à la satisfaction de la Commission et en assurant aux détenteurs de documents l'accès à des recours exercés soit indirectement, soit par action directe en vertu du paragraphe 38(2) de la Loi.

Dans un dernier argument, l'appelante invoque le fait qu'il s'agit en l'espèce d'une demande fondée sur un préjudice purement financier plutôt qu'un préjudice matériel pour nier l'existence d'une obligation de diligence. Nous traiterons de façon distincte la question de l'indemnisation. S'il est parfois nécessaire, dans certaines circonstances, d'examiner à la présente étape la nature du préjudice visé comme un des facteurs, je ne suis pas convaincu qu'il y a lieu de le faire en l'espèce. Comme nous l'avons vu, l'existence d'une obligation de diligence n'entraîne pas

recent case of *Caparo Industries Plc. v. Dickman*, [1990] 2 A.C. 605 (H.L.), Lord Bridge observed, at page 627:

It is never sufficient to ask simply whether A owes B a duty of care. It is always necessary to determine the scope of the duty by reference to the kind of damage from which A must take care to save B harmless.

It is apparent that a plaintiff in an action of this kind will have a number of hurdles to overcome if he is to finally succeed. Bearing in mind what I have already said about the protection afforded by the Act to “holders of documents”, a duty of care should not be denied only because the losses claimed are purely economic and especially so where the losses sought to be protected under the Act are precisely of that nature.

I move to the next consideration. The circumstance that a duty of care may be found to exist does not mean the inexorable imposition of liability for negligence upon a government agency such as the Commission. This was explained by Cory J. in *Just*, *supra*, at page 1236:

Even with the duty of care established, it is necessary to explore two aspects in order to determine whether liability may be imposed upon the respondent. First, the applicable legislation must be reviewed to see if it imposes any obligation upon the respondent to maintain its highways or, alternatively, if it provides an exemption from liability for failure to so maintain them. Secondly, it must be determined whether the province is exempted from liability on the grounds that the system of inspections, including their quantity and quality, constituted a “policy” decision of a government agency and was thus exempt from liability.

I have already indicated that the Act imposes an obligation upon the Commission to ensure an adequate level of security is maintained by licensees. There is no statutory exemption from liability for failure to meet that obligation.

Do other grounds exist for exempting the Commission from the duty of care? The “policy” grounds upon which a government agency will be exempted are developed by Cory J. at some length in *Just*, *supra*, at pages 1237-1244. He explored the distinction between a “policy” decision and one that is

automatiquement qu’un organisme gouvernemental soit tenu responsable. Dans l’affaire récente de *Caparo Industries Plc. v. Dickman*, [1990] 2 A.C. 605 (H.L.), lord Bridge a fait l’observation suivante, à la page 627:

[TRADUCTION] Il ne suffit pas de se demander simplement si A a une obligation de diligence envers B. Il est toujours nécessaire d’établir la portée de l’obligation par rapport au type de dommage contre lequel A doit s’efforcer de protéger B.

Il est évident qu’un demandeur dans une telle action devra surmonter un certain nombre d’obstacles avant d’obtenir gain de cause. Eu égard à ce que je viens de dire quant à la protection accordée par la Loi aux «détenteurs de documents», il ne faudrait pas écarter une obligation de diligence du seul fait que le préjudice visé par la demande est de nature purement financière, tout particulièrement lorsque les préjudices contre lesquels la Loi veut prémunir sont précisément de cette nature.

J’aborde le point suivant. Le seul fait de conclure en l’existence d’une obligation de diligence n’entraîne pas inexorablement qu’un organisme gouvernemental comme la Commission soit tenu responsable de négligence. Ce principe a été ainsi expliqué par le juge Cory dans l’arrêt *Just*, précité, à la page 1236:

L’existence d’une obligation de diligence étant établie, il est nécessaire ensuite d’examiner deux questions pour décider si l’intimée peut être tenue responsable. En premier lieu, il faut examiner la législation applicable pour voir si elle impose à l’intimée une obligation d’entretenir ses routes ou si, subsidiairement, elle crée une exonération de responsabilité en cas de défaut d’entretien. En second lieu, il faut se demander si la province est exonérée de toute responsabilité au motif que le système des inspections, notamment leur fréquence et leur qualité, constitue une décision de «politique» émanant d’un organisme gouvernemental.

J’ai déjà conclu que la Loi impose à la Commission l’obligation de s’assurer qu’un niveau de garantie adéquat est maintenu par les détenteurs de permis. La Loi ne prévoit aucune exonération de responsabilité en cas d’inexécution de cette obligation.

Existe-t-il d’autres motifs pour exonérer la Commission de son obligation de diligence? Le juge Cory a exposé de façon assez détaillée les motifs de «politique» permettant d’exonérer un organisme gouvernemental, dans l’arrêt *Just*, précité aux pages 1237 à 1244. Il a examiné la distinction entre une décision

“operational”, giving as the underlying rationale the following, at page 1239:

The functions of government and government agencies have multiplied enormously in this century. Often government agencies were and continue to be the best suited entities and indeed the only organizations which could protect the public in the diverse and difficult situations arising in so many fields. They may encompass such matters as the manufacture and distribution of food and drug products, energy production, environmental protection, transportation and tourism, fire prevention and building developments. The increasing complexities of life involve agencies of government in almost every aspect of daily living. Over the passage of time the increased government activities gave rise to incidents that would have led to tortious liability if they had occurred between private citizens. The early governmental immunity from tortious liability became intolerable. This led to the enactment of legislation which in general imposed liability on the Crown for its acts as though it were a person. However, the Crown is not a person and must be free to govern and make true policy decisions without becoming subject to tort liability as a result of those decisions. On the other hand, complete Crown immunity should not be restored by having every government decision designated as one of “policy”. Thus the dilemma giving rise to the continuing judicial struggle to differentiate between “policy” and “operation”. Particularly difficult decisions will arise in situations where governmental inspections may be expected.

The importance of fixing the dividing line between “policy” and “operation” was emphasized by Cory J., in *Just, supra*, when he added at pages 1240-1241:

The need for distinguishing between a governmental policy decision and its operational implementation is thus clear. True policy decisions should be exempt from tortious claims so that governments are not restricted in making decisions based upon social, political or economic factors. However, the implementation of those decisions may well be subject to claims in tort. What guidelines are there to assist courts in differentiating between policy and operation?

After quoting extensively from the judgment of Mason J. of the High Court of Australia in *Sutherland Shire Council v Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1, as illustrative of the manner in which this distinction is to be made, Cory J. summed up the current overall position in Canada for determining the liability of a government agency in negligence, at pages

de «politique» et une décision «opérationnelle», et en a énoncé ainsi, à la page 1239, le motif sous-jacent:

Les fonctions du gouvernement et des organismes qui en dépendent se sont multipliées de façon phénoménale depuis le début du siècle. Les organismes gouvernementaux ont souvent représenté, et représentent encore aujourd’hui, le meilleur moyen, à vrai dire le seul moyen, de protéger le public dans les multiples situations difficiles auxquelles il est confronté. Il peut s’agir de la distribution ou de la fabrication de produits alimentaires ou pharmaceutiques, de production d’énergie, de protection de l’environnement, de transport et de tourisme, de prévention des incendies ou de construction. En raison de la complexité croissante de la vie, les organismes gouvernementaux interviennent dans presque tous les aspects du quotidien. Cette présence gouvernementale accrue a donné naissance à des incidents qui auraient entraîné une responsabilité civile délictuelle s’ils étaient survenus entre particuliers. L’immunité gouvernementale initiale en matière de responsabilité délictuelle était devenue intolérable. C’est pourquoi des lois ont été adoptées pour imposer de façon générale à la Couronne la responsabilité de ses actes comme si elle était une personne. Cependant, la Couronne n’est pas une personne et elle doit pouvoir être libre de gouverner et de prendre de véritables décisions de politique sans encourir pour autant une responsabilité civile délictuelle. On ne saurait, par contre, restaurer l’immunité complète de la Couronne en qualifiant de «politique» chacune de ses décisions. D’où le dilemme qui a donné lieu à l’incessante bataille judiciaire autour de la différence entre «décision de politique» et «décision opérationnelle». La distinction sera particulièrement difficile à faire dans les cas où on peut s’attendre à des inspections gouvernementales.

Le juge Cory, dans l’arrêt *Just*, précité, a souligné l’importance d’établir une ligne de démarcation entre le «politique» et l’«opérationnel», aux pages 1240 et 1241:

La nécessité d’établir une distinction entre une décision de politique gouvernementale et sa mise en œuvre opérationnelle est donc évidente. Les véritables décisions de politique devraient être à l’abri des poursuites en responsabilité délictuelle, de sorte que les gouvernements soient libres de prendre leurs décisions en fonction de facteurs sociaux, politiques ou économiques. Cependant l’application de ces décisions peut fort bien engager la responsabilité. Sur quels principes directeurs les tribunaux peuvent-ils donc s’appuyer pour faire cette distinction entre le politique et l’opérationnel?

Après avoir cité abondamment des extraits des motifs du juge Mason de la Haute Cour de l’Australie dans l’arrêt *Sutherland Shire Council v Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1, comme illustration de la façon d’établir cette distinction, le juge Cory a résumé la position jurisprudentielle qui prévaut actuellement au Canada lorsqu’il s’agit de déterminer la responsabilité d’un

1244-1245. In the course of so doing, he had this to say as to what will constitute a “policy” decision:

In determining what constitutes such a policy decision, it should be borne in mind that such decisions are generally made by persons of a high level of authority in the agency, but may also properly be made by persons of a lower level of authority. The characterization of such a decision rests on the nature of the decision and not on the identity of the actors. As a general rule, decisions concerning budgetary allotments for departments or government agencies will be classified as policy decisions. Further, it must be recalled that a policy decision is open to challenge on the basis that it is not made in the *bona fide* exercise of discretion. If after due consideration it is found that a duty of care is owed by the government agency and no exemption by way of statute or policy decision-making is found to exist, a traditional torts analysis ensues and the issue of standard of care required of the government agency must next be considered.

The manner and quality of an inspection system is clearly part of the operational aspect of a governmental activity and falls to be assessed in the consideration of the standard of care issue. At this stage, the requisite standard of care to be applied to the particular operation must be assessed in light of all the surrounding circumstances including, for example, budgetary restraints and the availability of qualified personnel and equipment.

I share the view of the learned Trial Judge that the Commission’s policy on how it should be satisfied as to the sufficiency of security posted by Memco at the date its licence was renewed had changed in 1981 with the replacement of the former self-reporting system by a kind of verification system. The new policy called for more frequent and effective inspections by the Commission’s staff and the upgrading of the staff’s ability to carry out financial reviews and inspections. A specific program of audits, including one of Memco, during the then-current fiscal year of the Commission was also adopted. The implementation of this new policy, as the Trial Judge held, involved a number of operational decisions. I agree with him that liability, if any, arose from these latter decisions. There is thus no basis for exempting the appellant from the imposition of liability on the ground that the decisions made were “policy” decisions. It remains, however, to consider whether the appellant met the standard of care expected in implementing the new policy.

organisme gouvernemental en matière de négligence, aux pages 1244 et 1245. Voici ce qu’il a dit au sujet de ce qui constitue une décision de «politique»:

a Pour déterminer si une décision est une décision de politique, il ne faut pas oublier que de telles décisions sont généralement prises par des personnes occupant un poste élevé au sein de l’organisme mais qu’elles peuvent aussi émaner d’un échelon inférieur. La qualification de la décision dépend de sa nature et non de l’identité des acteurs. De façon générale, les décisions concernant l’allocation de ressources budgétaires à des ministères ou organismes gouvernementaux seront rangées dans la catégorie des décisions de politique. En outre, il ne faut pas oublier qu’une décision de politique peut être contestée sur le motif qu’elle n’a pas été prise dans l’exercice réel d’un pouvoir discrétionnaire. Si, après mûre considération, on conclut que l’organisme gouvernemental a une obligation de diligence et qu’il n’en est pas exempté par la loi ou la nature politique de sa décision, il faut procéder alors à l’analyse traditionnelle de la responsabilité délictuelle, et c’est la question de la norme de diligence requise de l’organisme gouvernemental qui doit alors être examinée.

d La méthode et la qualité d’un système d’inspection font manifestement partie de l’aspect opérationnel d’une activité gouvernementale et doivent donc être évaluées dans le cadre de l’examen de la norme de diligence. À ce stade, la norme à respecter dans l’opération en cause doit être déterminée en fonction de toutes les circonstances, y compris par exemple les restrictions budgétaires et la possibilité de trouver le personnel qualifié et l’équipement nécessaire.

f Je constate comme le juge de première instance que la politique de la Commission sur la façon de s’assurer que Memco avait donné une garantie suffisante à la date du renouvellement de son permis a été modifiée en 1981 par la substitution d’un système de vérification au système d’autosurveillance antérieur. La nouvelle politique prévoyait un accroissement de la fréquence et de l’efficacité des inspections effectuées par le personnel de la Commission, de même que le renforcement des ressources nécessaires pour procéder aux examens et aux inspections financiers. Un programme précis de vérifications à effectuer, notamment auprès de Memco, pendant l’année financière courante de la Commission a également été adopté. La mise en œuvre de cette nouvelle politique, comme en a conclu le juge de première instance, nécessitait un certain nombre de décisions opérationnelles. Je reconnais avec lui que ce sont ces dernières décisions qui, le cas échéant, pouvaient engager la responsabilité de la Commission. Il n’existe donc aucun fondement pour exonérer l’appelante de toute responsabilité du fait que les décisions prises seraient

Finally, I do not accept the appellant's arguments that it was exempt from private law liability because its functions were quasi-judicial or analogous to police functions. While it is arguable that certain of the Commission's powers might be so characterized, the acts and omissions of which the respondents complain are not among them.

I now turn to a consideration of whether the Commission met the standard of care expected in implementing the new policy.

Standard of care

It seems to me that the appropriate standard of care to be applied is whether the Commission acted reasonably in the light of all of the surrounding circumstances. This would appear to be in accord with the views expressed by Cory J. in *Just, supra*, where he stated, at page 1244:

Let us assume a case where a duty of care is clearly owed by a governmental agency to an individual that is not exempted either by a statutory provision or because it was a true policy decision. In those circumstances the duty of care owed by the government agency would be the same as that owed by one person to another. Nevertheless the standard of care imposed upon the Crown may not be the same as that owed by an individual. An individual is expected to maintain his or her sidewalk or driveway reasonably, while a government agency such as the respondent may be responsible for the maintenance of hundreds of miles of highway. The frequency and the nature of inspection required of the individual may well be different from that required of the Crown. In each case the frequency and method must be reasonable in light of all the surrounding circumstances. The governmental agency should be entitled to demonstrate that balanced against the nature and quantity of the risk involved, its system of inspection was reasonable in light of all the circumstances including budgetary limits, the personnel and equipment available to it and that it had met the standard duty of care imposed upon it.

And, at page 1247, he added:

To proceed in this way is fair to both the government agency and the litigant. Once a duty of care that is not exempted has been established the trial will determine whether the government agency has met the requisite standard of care. At that

des décisions de «politique». Il reste cependant à déterminer si l'appelante a respecté la norme de diligence prévue dans la mise en œuvre de la nouvelle politique.

^a Enfin, je n'accepte pas les arguments selon lesquels l'appelante était exonérée de toute responsabilité de droit privé parce que ses fonctions étaient quasi-judiciaires ou analogues à des fonctions de police.

^b Même si on peut soutenir que certains des pouvoirs de la Commission pourraient être ainsi qualifiés, les actes et les omissions reprochés par les intimés n'en font pas partie.

^c J'aborde maintenant la question de savoir si la Commission a satisfait à la norme de diligence prévue dans la mise en œuvre de la nouvelle politique.

La norme de diligence

^d Il me semble que la juste norme de diligence qui doit être appliquée se résume à la question de savoir si la Commission a agi de façon raisonnable compte tenu de toutes les circonstances. Cela semble s'accorder avec les opinions exprimées par le juge Cory dans l'arrêt *Just*, précité, à la page 1244:

^e Prenons le cas où un organisme gouvernemental assume indéniablement une obligation de diligence envers un particulier dont il n'est pas exempté en raison soit d'une disposition législative, soit du fait qu'il s'agit d'une vraie décision de politique.

^f Dans cette hypothèse, l'obligation de diligence qu'assumerait l'organisme gouvernemental serait identique à celle qu'ont les particuliers entre eux. Néanmoins la norme de diligence imposée à la Couronne pourrait ne pas être la même que celle qu'on exige d'un particulier. Ainsi, on s'attend à ce qu'une personne entretienne raisonnablement son trottoir ou son allée, tandis qu'un organisme gouvernemental, comme l'intimée, peut être responsable de l'entretien de centaines de kilomètres de routes. Il se peut que la fréquence et la nature des inspections requises du particulier diffèrent de celles exigées de la Couronne. Dans chaque cas, la fréquence et la méthode doivent être raisonnables compte tenu de toutes les circonstances. L'organisme gouvernemental devrait pouvoir démontrer qu'au regard de la nature et de l'ampleur du risque, son système d'inspection était raisonnable compte tenu de toutes les circonstances, y compris les limites budgétaires, le personnel et l'équipement dont il disposait, et qu'il a satisfait à la norme de diligence qui lui était imposée.

Le juge a ajouté ce qui suit, à la page 1247:

^j Cette manière d'aborder la question est équitable tant pour l'organisme gouvernemental que pour le poursuivant. L'existence d'une obligation de diligence et l'absence d'exemption ayant été établies, le procès permettra de déterminer si l'orga-

stage the system and manner of inspection may be reviewed. However, the review will be undertaken bearing in mind the budgetary restraints imposed and the availability of personnel and equipment to carry out such an inspection.

Breach of the standard

Did the Commission act reasonably in the light of all the surrounding circumstances? The appellant contends that a scarcity of resources, both monetary and human, hampered the Commission in the implementation of its new audit program and, specifically, delayed the Memco audit. The Trial Judge disagreed. After a close examination of the evidence and the findings, I am able to share his view. It was decided at the outset that, of the twelve licensees which were to be audited, priority would be given to the two Mr. Blackwell had ranked "E" and to one he had ranked "D" because these three audits were deemed more urgent and would provide the Commission with a means of testing the value of the new program. Requests from the licensing and bonding section for auditing funds in September 1981 were met with a positive and prompt response. In November 1981, after a decision was made to proceed with additional audits, a request for the necessary funds was again promptly approved by the commissioners. This was also the case when funds were requested in February 1982 for the audit of Memco. Indeed, as the Chief Commissioner himself testified in answer to a question from the Bench, whenever the Commission's Executive Director made it known that money was needed, "as far as hiring auditors was concerned . . . that would be approved".¹⁰

That a lack of available personnel was not a factor would appear also to be the case. The evidence indicates that the delay in carrying out the Memco audit resulted from decisions of the licensing and bonding staff to give priority to the auditing and inspection of other licensees following the completion of the audits done by the Audit Services Bureau in the fall of 1981. The Trial Judge found as a fact that Memco

nisme gouvernemental a respecté la norme de diligence requise. À ce stade, le système et les méthodes d'inspection pourront faire l'objet d'un examen, compte tenu cependant des restrictions budgétaires imposées et du personnel et de l'équipement disponibles pour effectuer une telle inspection.

a

Manquement à la norme

La Commission a-t-elle agi raisonnablement compte tenu de toutes les circonstances? L'appelante prétend qu'un manque de ressources financières et humaines a nui à la mise en œuvre par la Commission de son nouveau programme de vérification et, de façon plus précise, retardé la vérification de Memco. Le juge de première instance n'a pas retenu cette prétention. Après un examen approfondi de la preuve et des conclusions, je suis en mesure de partager son opinion. Parmi les douze titulaires de permis qui devaient faire l'objet d'une vérification, on avait décidé dès le départ d'accorder la priorité aux deux titulaires auxquels M. Blackwell avait attribué la cote «E» et à celui à qui il avait attribué la cote «D» parce que ces trois vérifications étaient considérées plus urgentes et qu'elles donnaient à la Commission l'occasion de mettre son nouveau programme à l'essai. Les demandes de crédits pour la vérification présentées par la section des permis et des cautionnements en septembre 1981 ont reçu une réponse positive et rapide. En novembre 1981, par suite de la décision de procéder à des vérifications supplémentaires, les commissaires ont à nouveau approuvé rapidement la demande des crédits nécessaires. Ce fut également le cas lorsqu'une demande de crédits a été présentée en février 1982 pour la vérification de Memco. En fait, comme l'a déclaré le commissaire en chef en réponse à une question de la Cour, chaque fois que le directeur administratif a fait valoir la nécessité d'accorder des crédits [TRADUCTION] «pour retenir les services de vérificateurs . . . cela a été approuvé»¹⁰.

b

c

d

e

f

g

h

Il semble également que le manque de personnel n'était pas un facteur. La preuve indique que le retard mis à effectuer la vérification de Memco découlait de décisions prises par le personnel des permis et des cautionnements d'accorder la priorité à la vérification et l'inspection d'autres titulaires de permis après la conclusion des vérifications menées par le Bureau des services de vérification à l'automne 1981. Le

¹⁰ Trial Proceedings, Vol. 9, at p. 1553, lines 9-14.

¹⁰ Débats de première instance, vol. 9, à la p. 1553, lignes 9 à 14.

had been “bumped” on lists of priority. That was a matter for him to determine in the light of the evidence and I can see no reason for interfering with his finding. After a period of negotiations, the Commission and Audit Services Bureau entered into a letter of agreement dated December 16, 1981, which “sets out the prioritized lists of licensees your Commission wishes to be audited”¹¹ and upon which Memco was listed in second place. Another licensee, Weyburn Inland Terminals Ltd., was shown in eighth place. However, on December 21, 1981, the Commission informed the auditors of its decision to “assign . . . number one priority” to Weyburn and another licensee.¹² By February 18, 1982, the auditors had completed the audits of Weyburn and four other licensees. Memco, on the other hand, had yet to be audited although it was considered that the audit should proceed “without further delay”.¹³ Further, many inspections were carried out by members of the Commission’s licensing and bonding staff under the new audit program, and Mr. Blackwell was himself assigned to do four inspections at an approximate cost of \$2,500. All the while, the Commission did not audit, inspect, visit or even contact Memco between August 1981 and mid-February 1982 despite its poor financial condition revealed by Mr. Blackwell’s review. The result was that when finally an inspection of Memco was done by Mr. Bolen in March 1982, Memco’s early demise and consequent losses to the respondents were inevitable.

I do not find it necessary to examine in detail the evidence which led the Trial Judge to decide that the standard of care had not been met by the appellant. One point stands out as illustrative. It may seem small in isolation but in the larger picture its significance becomes more apparent. Memco’s total liabilities, by the Regulations to be reported monthly, were not, as those Regulations also required, verified by

¹¹ Appeal Book, Common Appendix, Vol. 3, at pp. 375-376 (Exhibit 126).

¹² *Ibid.*, at p. 379 (Exhibit 127).

¹³ *Ibid.*, at p. 405 (Exhibit 144).

juge de première instance a conclu à la lumière des faits que Memco avait été «reporté» sur les listes de priorité. Il s’agissait d’une question qu’il pouvait trancher à partir de la preuve et je ne puis voir aucun motif qui justifierait la réformation de sa conclusion. Après une période de négociations, la Commission et le Bureau des services de vérification ont signé une lettre d’entente datée du 16 décembre 1981 qui [TRADUCTION] «établit les listes de priorité des titulaires de permis que votre Commission désire soumettre à une vérification»¹¹ et où Memco figurait en deuxième position. Un autre titulaire de permis, Weyburn Inland Terminals Ltd., figurait en huitième position. Toutefois, le 21 décembre 1981, la Commission a avisé les vérificateurs de sa décision [TRADUCTION] «d’accorder . . . la priorité» à Weyburn et à un autre titulaire de permis¹². En date du 18 février 1982, les vérificateurs avaient terminé la vérification de Weyburn et de quatre autres titulaires de permis. Par contre, Memco n’avait pas encore fait l’objet d’une vérification même si l’on estimait que la vérification devait être menée [TRADUCTION] «sans plus tarder»¹³. De plus, bon nombre d’inspections ont été menées par des membres du personnel des permis et des cautionnements de la Commission dans le cadre du nouveau programme de vérification, et M. Blackwell a lui-même été affecté à quatre inspections à un coût approximatif de 2 500 \$. Pendant tout ce temps-là, la Commission n’a ni vérifié, ni inspecté, ni visité, ni même contacté Memco entre août 1981 et la mi-février 1982, en dépit de sa situation financière précaire dont avait fait état le rapport de M. Blackwell, avec le résultat que, lorsque M. Bolen a finalement procédé à une inspection de Memco en mars 1982, la mort prématurée de Memco et les pertes qu’elle devait entraîner pour les intimés étaient devenues inévitables.

Je ne crois pas qu’il soit nécessaire d’examiner en détail la preuve sur laquelle le juge de première instance s’est fondé pour conclure que l’appelante n’avait pas respecté la norme de diligence. Il me suffira de souligner un élément à titre indicatif. Il peut sembler anodin en lui-même, mais pris dans le contexte global, il est révélateur. Les montants correspondant au total dû de Memco, qui, en vertu du

¹¹ Dossier d’appel, annexe commune, vol. 3, aux p. 375 et 376 (pièce 126).

¹² *Ibid.*, à la p. 378 (pièce 127).

¹³ *Ibid.*, à la p. 405 (pièce 144).

statutory declarations. Month after month and year after year this requirement was ignored. The Commission seemed content to accept "certified" reports which, the appellant now complains, painted a misleading picture. That, indeed, was the case. Possibly, insistence upon full compliance with this important requirement might have resulted in accurate information being reported, and so enabled the Commission in a timely fashion to gain a clearer picture of Memco's financial condition and need for increase of its posted security.

The negligence alleged is primarily that the Commission did nothing in furtherance of its policy to induce an increase in the level of the posted security over a six-month period after the licensee's weak financial position was brought markedly to its attention in the summer of 1981. I agree with the learned Trial Judge that such action as was finally taken in March 1982 was too little and too late. It is also apparent from his findings that the negligence he found did not consist of a single act or omission which occurred at a precise moment in time but was in fact cumulative. I have no doubt of the correctness of his view that Memco's financial state was beyond redemption by the time Mr. Bolen carried out his inspection in March 1982 and that there was little or nothing to be accomplished thereafter by insisting upon the fulfilment of demands for increase of security or in making a formal order pursuant to subsection 38(1) of the Act. The die was already cast. The same may not be said, however, of the failure to take earlier action and especially so before and after Memco's licence for the 1981/82 crop year was issued on August 7, 1981.

I am satisfied that the appellant failed to meet the applicable standard of care.

Causation

I turn next to the issue of causation. In any case of damages for negligence, as was observed by Lord

Règlement, doivent faire l'objet d'un rapport mensuel, n'étaient pas vérifiés par des déclarations officielles ainsi que l'exige le Règlement. Cette exigence n'a pas été respectée pendant des mois et des années.

a La Commission semblait se satisfaire de rapports «certifiés» qui, au dire de l'appelante aujourd'hui, donnaient une image trompeuse de la réalité. C'était effectivement le cas. Si la Commission avait insisté pour que cette exigence importante soit respectée, elle aurait peut-être obtenu communication de renseignements exacts dans les rapports, ce qui lui aurait permis d'avoir en temps opportun une image plus claire de la situation financière de Memco et de la nécessité d'accroître la garantie exigée.

La Commission est accusée de négligence principalement pour n'avoir rien fait, dans la mise en œuvre de cette politique, pour exiger une augmentation du niveau de garantie au cours des six mois qui ont suivi le moment où, durant l'été 1981, on a clairement porté à son attention la situation financière précaire du titulaire de permis. Je trouve, comme le juge de première instance, que la Commission a finalement fait trop peu et agi trop tard en mars 1982. Il ressort clairement des conclusions du juge de première instance que la négligence qu'il a reconnue ne consistait pas en un seul acte ni en une seule omission, à un moment précis, mais qu'elle était effectivement cumulative. Je n'ai aucun doute sur le bien-fondé de sa conviction que la situation financière de Memco était irrémédiable au moment où M. Bolen a procédé à son inspection en mars 1982, et qu'il ne servait pratiquement à rien d'insister par la suite pour que soient respectées les demandes d'augmentation des garanties, ou de rendre un arrêté sous le régime du paragraphe 38(1) de la Loi. Les dés étaient jetés. On ne peut toutefois en dire autant de l'omission de prendre des mesures avant cette date, et particulièrement avant comme après la délivrance du permis de Memco pour la campagne agricole de 1981-1982, le 7 août 1981.

i Je suis convaincu que l'appelante n'a pas respecté la norme de diligence applicable.

Lien de causalité

j J'aborde maintenant la question du lien de causalité. Dans toute demande de dommages-intérêts fon-

Reading C.J. in *Munday (J.R.) Ltd. v. London County Council*, [1916] 2 K.B. 331 (C.A.), at page 334:

Negligence alone does not give a cause of action, damage alone does not give a cause of action; the two must co-exist.

The appellant asserts that the Trial Judge erred in concluding that the appellant's negligence was causative of the respondents' losses. In so finding, the learned Judge applied the "but for" test, or, as he put it at page 36 "the defendant will be liable . . . if the damage would not have occurred without (but for) the defendant's breach of duty".

The Trial Judge then had this to say, at page 37 of his reasons for judgment:

In my view, the evidence at trial was clear that the Commission's breach of duty (i.e. ensuring the existence of sufficient security and/or taking steps to increase the security at an earlier date), negligently exposed the plaintiffs and other grain producers to the financially irresponsible practices of Memco. It is also clear that such an imminent threat was capable of being remedied by the Commission (i.e. conducting a professional audit immediately upon becoming aware of Memco's poor financial situation and a demand for an increase in the security level), but for the negligence of the Commission's officers in fulfilling their statutory mandate as well as their common law duty of care to grain producers.

It seems fair to say that this conclusion was based upon an inference which the Trial Judge drew from the very considerable body of evidence he had before him.

The submission made by the appellant is that there was no evidence or an insufficiency of evidence led by the respondents to show what level of liability to grain producers would have been discovered had an audit of the licensee been performed earlier or that a better inspection in March 1982 would have avoided the losses, or that an earlier demand or order for additional security would have been complied with, and that such evidence as was led did not permit a finding or the drawing of an inference that the Commission's negligence was causative of the respondent's loss.

dée sur la négligence, comme l'a fait remarquer lord Reading, J.C., dans l'arrêt *Munday (J.R.) Ltd. v. London County Council*, [1916] 2 K.B. 331 (C.A.), à la page 334:

[TRADUCTION] La seule négligence ne donne pas une cause d'action, ni le seul dommage; les deux doivent coexister.

L'appelante prétend que le juge de première instance a commis une erreur en concluant que la négligence de l'appelante a causé les préjudices subis par les intimés. Dans sa conclusion, le juge a appliqué le critère de «l'essentiel» et dit à la page 40: «la partie défenderesse sera tenue responsable. . . dans les cas où le préjudice ne serait pas survenu, n'eût été de la violation par la partie défenderesse d'un devoir de prudence».

Le juge de première instance a ensuite dit ce qui suit, à la page 40 de ses motifs:

À mon sens, il est clair, d'après la preuve présentée au procès, que la violation par la Commission de son devoir (c.-à-d. assurer l'existence d'une garantie suffisante ou prendre des mesures visant à accroître la garantie à une date antérieure) a exposé de façon négligente les demandeurs et d'autres producteurs de grains aux pratiques financièrement irresponsables de Memco. Il est également évident que la Commission aurait pu remédier à cette menace imminente (c.-à-d. en menant une vérification professionnelle dès qu'elle a été mise au courant de la mauvaise situation financière de Memco et en demandant une augmentation de la garantie), n'eût été de la négligence des fonctionnaires de la Commission lors de l'exécution de leur mandat d'origine législative et de leur devoir de prudence reconnu en common law envers les producteurs de grains.

Il semble juste de dire que cette conclusion était fondée sur une inférence que le juge de première instance a tirée de la très abondante preuve produite devant lui.

L'appelante fait valoir qu'il n'existait aucune preuve ou qu'il y avait insuffisance de la preuve produite par les intimés pour démontrer que le niveau des montants dus aux producteurs de grains aurait pu être décelé si une vérification du titulaire de permis avait été effectuée auparavant, qu'une meilleure inspection en mars 1982 aurait évité les préjudices ou qu'une demande ou un arrêté antérieurs exigeant la production d'une garantie supplémentaire auraient été respectés, et que les éléments de preuve produits ne permettaient pas de conclure directement ou par inférence que la négligence de la Commission avait causé le préjudice subi par les intimés.

The principles of causation in an action for negligence were very recently reviewed and explained by the Supreme Court of Canada in *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311. As that case reaffirms at page 320, a plaintiff is required to prove on a balance of probabilities that but for a defendant's negligence he would not have suffered the injury of which he complains. Sopinka J. for the Court, at page 326, defined the concept of causation in these words:

Causation is an expression of the relationship that must be found to exist between the tortious act of the wrongdoer and the injury to the victim in order to justify compensation of the latter out of the pocket of the former.

Snell was a case of physical injury and the difficulty was whether the negligence of a medical practitioner had caused that injury or there was some other cause. The case reflects the flexibility that has been attained under principles of causation, not by altering the incidence of the ultimate burden of proof, but by taking a "robust and pragmatic approach to the undisputed primary facts of the case" (*per* Lord Bridge in *Wilsher v. Essex Area Health Authority*, [1988] A.C. 1074 (H.L.), at page 1090). It was held that proof of causation, although not shown on positive medical evidence, could be inferred from the circumstances and by the application of common sense where the defendant had not adduced evidence to rebut it. It would seem that these principles are applicable as well to cases other than that of medical malpractice provided it is appropriate to do so in a particular case. Do they assist in proving causation in the present case?

The appellant asserts that causation was not proved by the respondents on a balance of probabilities and therefore that the Trial Judge erred in finding that the appellant's negligence caused the loss, a finding counsel characterized as mere "speculation and conjecture". It seems to me, however, that this is a case in which the Trial Judge was justified in inferring causation from the circumstances proven that, had it not been for the negligence of the appellant in failing to require sufficient security, the respondents' losses would have been avoided. The appellant adduced no

Les principes du lien de causalité dans une action fondée sur la négligence ont été examinés et expliqués récemment par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311. Comme cet arrêt l'affirme à nouveau à la page 320, le demandeur doit démontrer d'après une prépondérance des probabilités que, n'eût été la conduite délictueuse du défendeur, il n'aurait pas subi le préjudice reproché. Le juge Sopinka, qui a rendu le jugement de la Cour, a défini en ces termes, à la page 326, la notion de causalité:

La causalité est une expression du rapport qui doit être constaté entre l'acte délictueux et le préjudice subi par la victime pour justifier l'indemnisation de celle-ci par l'auteur de l'acte délictueux.

Dans l'affaire *Snell*, qui portait sur une blessure, il s'agissait de déterminer si la négligence du médecin avait causé le préjudice ou s'il existait une autre cause. L'arrêt reflète la souplesse obtenue en vertu des principes de la causalité, non par la modification de l'attribution du fardeau ultime de la preuve, mais plutôt par l'adoption [TRADUCTION] «d'une façon décisive et pragmatique d'aborder les faits fondamentaux incontestés de l'affaire» (lord Bridge dans l'arrêt *Wilsher v. Essex Area Health Authority*, [1988] A.C. 1074 (H.L.), à la page 1090). La Cour a conclu que même si elle ne pouvait être démontrée à partir d'une opinion médicale positive, la preuve du lien de causalité pouvait être déduite des circonstances, par l'application du bon sens, lorsque le défendeur n'a produit aucun élément de preuve contraire. Il semble que ces principes soient également applicables à d'autres affaires que celles qui sont fondées sur la négligence professionnelle du médecin, dans des cas appropriés. Ces principes peuvent-ils aider à prouver le lien de causalité en l'espèce?

L'appelante prétend que le lien de causalité n'a pas été démontré d'après une prépondérance des probabilités par les intimés, et que par conséquent le juge de première instance a commis une erreur en concluant que la négligence de l'appelante avait causé le préjudice, conclusion que l'avocat a décrite comme pure [TRADUCTION] «spéculation et conjecture». Il me semble toutefois qu'il s'agit d'une affaire dans laquelle le juge était fondé à conclure, en déduisant le lien de causalité des circonstances prouvées, que n'eût été la négligence de l'appelante en ce qu'elle a

evidence to the contrary—despite its superior knowledge of the licensee's operations—to the effect that an increase in the required security would not have resulted had it been earlier requested or ordered.

Further, I should refer to *Kamloops (City of) v. Nielsen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 2, in which the issue of causation in an action for negligence against a public authority was discussed. The plaintiff sued the City as well as the builder and vendor of a dwelling house which had been built on defective foundations. The City had failed to discharge its duty of timely inspection with the result that construction proceeded. It was contended that the cause of the plaintiff's loss was the negligence of the builder and accordingly that the City's negligence was not causative. Wilson J. disagreed, stating on behalf of the majority, at page 15:

This is not the case of a power which the City decided to exercise but exercised in a negligent manner. This is the case of a duty owed by the City to the plaintiff, a person who met Lord Wilberforce's test of proximity in *Anns*. The City's responsibility as set out in the By-law was to vet the work of the builder and protect the plaintiff against the consequences of any negligence in the performance of it. In those circumstances it cannot, in my view, be argued that the City's breach of duty was not causative. The builder's negligence, it is true, was primary. He laid the defective foundations. But the City, whose duty it was to see that they were remedied, permitted the building to be constructed on top of them. The City's negligence in this case was its breach of duty in failing to protect the plaintiff against the builder's negligence.

Similarly, it may be said here that the appellant could have prevented the respondents' losses but for its negligence in the performance of its duty as to the level of security. I do not mean to suggest that the appellant was under a duty to ensure such a level of security as would enable a person in the position of the respondents, in all circumstances, to recover 100% of outstanding obligations of a licensee, for the standard of care was to act with reasonable care in the circumstances. Had that standard been met but the

omis d'exiger une garantie suffisante, les préjudices subis par les intimés auraient pu être évités. L'appellante n'a produit aucun élément de preuve contraire—malgré sa meilleure connaissance des opérations du titulaire de permis—pour établir qu'une demande ou un arrêté antérieurs n'auraient pas entraîné une augmentation de la garantie exigée.

Je me référerais de plus à l'arrêt *Kamloops (Ville de) c. Nielsen et autres*, [1984] 2 R.C.S. 2, où la Cour a étudié la question du lien de causalité dans une action fondée sur la négligence intentée contre un organisme public. Le demandeur poursuivait la ville de même que le constructeur et le vendeur d'une maison qui avait été construite sur des fondations inadéquates. La ville ne s'étant pas acquittée de son obligation d'inspecter l'immeuble en temps opportun, la construction s'était poursuivie. On a prétendu que la cause du préjudice subi par le demandeur était la négligence du constructeur et que, partant, la négligence de la ville n'en était pas la cause. Le juge Wilson n'a pas accueilli cette prétention, dans les motifs qu'elle a prononcés au nom de la majorité, à la page 15:

Il ne s'agit pas d'un pouvoir que la ville a décidé d'exercer, mais qu'elle a exercé de façon négligente. Il s'agit d'un cas d'obligation à laquelle la ville est tenue envers le demandeur, qui satisfait au critère du lien entre les parties énoncé par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns*. La responsabilité de la ville énoncée dans le règlement consistait à examiner soigneusement les travaux du constructeur et à protéger le demandeur contre les conséquences de toute négligence dans leur exécution. Dans ces circonstances, on ne peut à mon avis prétendre que le manquement de la ville à son obligation ne constitue pas une cause. La négligence du constructeur est vraiment fondamentale. Il a construit les fondations inadéquates. Mais la ville, dont l'obligation consistait à veiller à ce qu'on y remédie, a autorisé la construction de l'édifice sur ces fondations. La négligence de la ville dans ce cas a été de manquer à son obligation de protéger le demandeur contre la négligence du constructeur.

De la même façon, on peut dire en l'espèce que l'appellante aurait pu empêcher que les intimés ne subissent des préjudices, n'eût été de sa négligence dans l'exécution de son obligation de surveillance du niveau de la garantie. Je ne veux pas laisser entendre par là que l'appellante avait l'obligation d'assurer un niveau de garantie tel qu'une personne qui se trouverait dans la situation des intimés puisse, en toutes les circonstances, récupérer la totalité des sommes dues par le titulaire d'un permis, puisque la norme de dili-

level of security posted at a particular point in time proved insufficient, the holders of documents could not expect to recover any deficiency from the appellant. On the other hand, as the respondents are unable to recover from the primary debtor and the appellant's negligence stands in their way of recovering the full losses from the security, they will have to absorb the deficiency if the appellant is found not to be liable notwithstanding that the very contingency in respect of which they were intended to be protected by way of that security has occurred. In my view, their damages were reasonably foreseeable and flowed directly from that negligence or, to put it another way, that negligence was causative of the respondents' losses.

I would not interfere with the Trial Judge's finding as to causation.

Purely economic loss

It now becomes necessary to consider whether the respondents' losses are recoverable notwithstanding that they are purely economic. I have already alluded to the nature of the losses as a possible factor to be considered in determining the existence of a duty of care. The analysis in recent English cases is generally to treat this factor as going to the existence of a duty of care or of its scope. However, according to *Just, supra*, a *prima facie* duty of care must first be found to exist. As I have found one to exist, I must move to the second stage of the *Anns* test in determining whether "there are any considerations which ought to negative . . . the damages to which a breach of it may give rise". The end result would appear to be the same whether the issue is framed in terms of duty or remoteness.

In *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1990] 3 F.C. 114 (C.A.), now on appeal to the Supreme Court of Canada, the recoverability of purely economic loss was explored

gence était d'agir avec une diligence raisonnable dans les circonstances. À supposer que cette norme ait été respectée et que le niveau de la garantie produite à un moment donné ait été insuffisant, les détenteurs de documents ne pourraient s'attendre à recouvrer de l'appelante le solde manquant. Par contre, comme les intimés ne pouvaient recouvrer ces sommes du débiteur original et que la négligence de l'appelante les empêche de recouvrer sur la garantie la totalité de leurs pertes, ils devront absorber l'insuffisance si l'appelante est dégagée de toute responsabilité, nonobstant le fait que le sinistre même contre lequel ils devaient être protégés au moyen de la garantie s'est produit. À mon avis, les préjudices qu'ils ont subis étaient raisonnablement prévisibles et découlaient directement de cette négligence; en d'autres termes, cette négligence a constitué la cause des pertes subies par les intimés.

Je ne modifierais pas la conclusion tirée par le juge de première instance en ce qui a trait au lien de causalité.

Préjudice purement financier

Il est maintenant nécessaire de déterminer si le préjudice subi par les intimés peut faire l'objet d'une indemnisation nonobstant le fait qu'il soit purement financier. J'ai déjà mentionné la nature du préjudice comme un facteur dont on peut tenir compte pour établir l'existence d'une obligation de diligence. Dans les arrêts anglais récents, on considère généralement que ce facteur a des incidences sur l'existence d'une obligation de diligence ou sur la portée de celle-ci. Toutefois, selon l'arrêt *Just*, précité, il faut au préalable que soit établie l'existence à première vue d'une obligation de diligence. Puisque j'ai conclu en l'existence d'une telle obligation, je dois aborder la deuxième étape du critère établi dans l'arrêt *Anns* pour déterminer «s'il existe des motifs de rejeter . . . les dommages qui peuvent découler de l'inexécution de cette obligation». Le résultat final serait apparemment le même, que la question soit posée en termes d'obligation ou d'éloignement du dommage.

Dans l'arrêt *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1990] 3 C.F. 114 (C.A.), porté en appel devant la Cour suprême du Canada, la Cour a procédé à un examen

by this Court at some length and many of the decided cases discussed there are relevant to the present discussion. The two cases are not the same, however. That case involved a claim in negligence by a party to a contract for the use of a bridge against a third party whose ship had damaged that bridge in a collision and rendered it unusable to the plaintiff for a period of time. This case is nothing of the sort. It is more akin to *City of Kamloops, supra*, wherein a municipal authority was found liable in negligence for purely economic loss after failing, for want of inspection, to discover that a private dwelling place was not being built on sound foundations (as required by the authority's by-laws), and to enforce its stop work order against the builder. A majority of the Supreme Court of Canada held that purely economic loss was recoverable on the ground that, as Wilson J. put it at page 35, "as a matter of statutory interpretation it is a type of loss the statute intended to guard against".

The recoverability of purely economic loss in an action of this kind continues to be a matter of much controversy in the courts and has yet to be definitively settled in this country. Traditionally, with few exceptions, economic loss has been seen by the courts as not recoverable unless the negligence causing it also causes physical loss or damage.

Over the past decade or more, the issue has received the attention of the Supreme Court of Canada in particular cases. In *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works et al.*, [1974] S.C.R. 1189, recovery of purely economic loss was allowed upon the principle of *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.); and in *City of Kamloops, supra*, as I have indicated it was also allowed. However, in *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms*

assez approfondi de la question de la réparation du préjudice purement financier et bon nombre des décisions qu'elle a passées en revue sont pertinentes en l'espèce. Les deux affaires ne sont toutefois pas identiques. Cette affaire portait sur une action fondée sur la négligence, intentée par une partie à un contrat d'utilisation d'un pont contre un tiers dont le navire était entré en collision avec le pont, ainsi rendu inutilisable pendant un certain temps pour la demanderesse. La présente espèce n'a rien en commun avec cette affaire. Elle s'apparente davantage à la situation visée par l'arrêt *Ville de Kamloops*, précité, dans laquelle la Cour a conclu que la ville était coupable de négligence à l'égard d'un préjudice purement financier parce qu'elle ne s'était pas aperçue, par défaut d'inspection, qu'une maison n'était pas construite sur de bonnes fondations (comme l'exigeait le règlement municipal), et qu'elle avait négligé de faire respecter l'ordonnance d'arrêt des travaux rendue contre le constructeur. La Cour suprême du Canada a conclu à la majorité qu'une perte purement financière pouvait donner lieu à réparation si, pour reprendre les mots du juge Wilson à la page 35, «selon l'interprétation de la loi, il s'agit d'un type de perte que la loi vise à prévenir».

La question de la réparation d'un préjudice purement financier dans une action de ce type demeure toujours une question judiciaire très controversée qui n'a pas encore été réglée définitivement dans notre pays. Traditionnellement, à quelques exceptions près, les tribunaux ont jugé que le préjudice financier n'est réparable que si la négligence qui lui a donné lieu a également causé des pertes ou dommages matériels.

Depuis une dizaine d'années, la question a été portée à l'attention de la Cour suprême du Canada dans des affaires précises. Dans l'arrêt *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works et autre*, [1974] R.C.S. 1189, la Cour a accepté l'attribution de dommages-intérêts pour une perte purement économique en se fondant sur le principe établi dans l'arrêt *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.); dans l'arrêt *Ville de Kamloops*, précité, l'indemnisation a également été accordée, comme je l'ai indiqué. Par contre, dans l'arrêt *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S.

Ltd., [1986] 1 S.C.R. 228, recovery of such a loss was denied.¹⁴

The issue has arisen in a variety of cases both before the House of Lords and the Privy Council and in courts of highest authority in Australia and New Zealand: see e.g. *Murphy, supra*; *Davis, supra*; *Caparo, supra*; *D. & F. Estates Ltd. v. Church Comrs. for England*, [1989] A.C. 177 (H.L.); *Yuen Kun Yeu, supra*; *Curran v. Northern Ireland Co-ownership Housing Association Ltd.*, [1987] A.C. 718 (H.L.); *Peabody Donation Fund (Governors of) v. Sir Lindsay Parkinson & Co. Ltd.*, [1985] A.C. 210 (H.L.); *Sutherland Shire Council, supra*; *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co. Ltd.*, [1983] A.C. 520 (H.L.); *Bowen v Paramount Builders (Hamilton) Ltd.*, [1977] 1 NZLR 394 (C.A.). See also *Candlewood Navigation Corp. Ltd. v. Mitsui O.S.K. Lines Ltd. [“The Mineral Transporter”]*, [1986] A.C. 1 (P.C.); *Leigh and Silavan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co. Ltd.*, [1986] A.C. 785 (H.L.).

In *Murphy, supra*, the House of Lords rejected a claim for purely economic loss against a municipal authority in an action for negligence on the ground that it did not come within the scope of any duty of care. The judgment has given rise to much debate in legal circles.¹⁵ The plaintiff was the occupant of a house whose foundation walls cracked after the building plans were negligently approved by an independent expert whose advice was acted upon by a municipal authority in passing the plans. To allow recovery, said Lord Keith at page 469, “would open on an exceedingly wide field of claims”. While of the same view, Lord Oliver acknowledged in the course of his speech, at page 485, that it did not “at all follow as a matter of necessity from the mere fact that the only damage suffered by a plaintiff in an action

228, la Cour a refusé d’accorder la réparation d’un tel préjudice¹⁴.

Cette question a été soulevée à l’occasion de diverses affaires dont ont été saisis la Chambre des lords et le Conseil Privé, de même que des cours d’instance supérieure en Australie et en Nouvelle-Zélande: voir, par exemple, *Murphy, précité*; *Davis, précité*; *Caparo, précité*; *D. & F. Estates Ltd. v. Church Comrs. for England*, [1989] 1 A.C. 177 (H.L.); *Yuen Kun Yeu, précité*; *Curran v. Northern Ireland Co-ownership Housing Association Ltd.*, [1987] A.C. 718 (H.L.); *Peabody Donation Fund (Governors of) v. Sir Lindsay Parkinson & Co. Ltd.*, [1985] A.C. 210 (H.L.); *Sutherland Shire Council, précité*; *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co. Ltd.*, [1983] A.C. 520 (H.L.); *Bowen v Paramount Builders (Hamilton) Ltd.*, [1977] 1 NZLR 394 (C.A.). Voir aussi *Candlewood Navigation Corp. Ltd. v. Mitsui O.S.K. Lines Ltd. [«The Mineral Transporter»]*, [1986] A.C. 1 (P.C.); *Leigh and Silavan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co. Ltd.*, [1986] A.C. 785 (H.L.).

Dans l’arrêt *Murphy, précité*, la Chambre des lords a rejeté une demande de réparation d’un préjudice purement financier intentée contre une ville dans une action fondée sur la négligence parce qu’il n’était embrassé par la portée d’aucune obligation de diligence. Le jugement a soulevé de nombreux débats dans les milieux juridiques¹⁵. Le demandeur était l’occupant d’une maison dont les murs de fondation se sont crevassés après que les plans de construction eurent été approuvés négligemment par un expert indépendant sur l’avis duquel la ville s’est fondée pour autoriser les plans. Selon lord Keith, à la page 469, permettre l’indemnisation [TRADUCTION] «ouvrirait la porte à une gamme trop vaste de demandes». Même s’il partageait la même opinion, lord Oliver a reconnu dans ses motifs, à la page 485, que [TRADUC-

¹⁴ See also *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. v. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 221, per Pigeon J., at p. 252; *Haig v. Bamford et al.*, [1977] 1 S.C.R. 466; *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147.

¹⁵ See e.g. Fleming, “Requiem for *Annus*” (1990), 106 *L.Q. Rev.* 525; Cooke, “An Impossible Distinction” (1991), 107 *L.Q. Rev.* 46; *Negligence after Murphy v. Brentwood DC.*, Legal Research Foundation, University of Auckland (March 7, 1991); *Symposium on Recent Developments on Liability For Economic Negligence*, sponsored by Canadian Business Law Journal and Faculty of Law, University of Toronto (April 19, 1991).

¹⁴ Voir aussi *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. c. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 221, motifs du juge Pigeon, à la p. 252; *Haig c. Bamford et autres*, [1977] 1 R.C.S. 466; *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147.

¹⁵ Voir par exemple Fleming, «Requiem for *Annus*» (1990), 106 *L.Q. Rev.* 525; Cooke, «An Impossible Distinction» (1991), 107 *L.Q. Rev.* 46; *Negligence after Murphy v. Brentwood D.C.*, Legal Research Foundation, University of Auckland (7 mars 1991); *Symposium on Recent Developments on Liability For Economic Negligence*, parrainé par le Canadian Business Law Journal et la Faculté de droit de l’Université de Toronto (19 avril 1991).

for the tort of negligence is pecuniary or 'economic' that his claim is bound to fail." Adhering to the incremental approach which *Murphy* reflects, he took the view that recovery of purely economic loss would be possible only if reliance in the sense of *Hedley Byrne*, *supra*, brought it within the scope of a duty of care.

However, Lord Oliver also acknowledged, at page 486, that it was not "necessarily to be assumed that the reliance cases form the only possible category of cases in which a duty to take reasonable care to avoid or prevent pecuniary loss can arise" and gave as illustrations *Morrison Steamship Co., Ltd. v. Greystoke Castle (Cargo Owners)*, [1947] A.C. 265 (H.L.), and *Ross v. Caunters*, [1980] Ch. 297 (Ch.D.). He went on to point out, at page 487, that if economic loss was to be categorized as wrongful then,

... it is necessary to find some factor beyond the mere occurrence of the loss and the fact that its occurrence could be foreseen. Thus the categorisation of damage as economic serves at least the useful purpose of indicating that something more is required . . . [Emphasis added.]

In searching for this "something more", at page 490, Lord Oliver could see nothing in the particular statute that "even suggest[s] that the purpose of the statute was to protect owners of buildings from economic loss."

That one of the purposes of the *Canada Grain Act* is the protection of persons in the position of the respondents as "holders of documents", is the distinguishing feature of the present case. Ensuring the quality of a building constructed for human habitation by successive purchasers or possessors is very different, in my view, from ensuring the posting of adequate security pursuant to a specific statutory obligation. Paragraph 36(1)(c) sets out this clear and manifest purpose. The "obligations" which Parliament thus intended should be protected could only be for "the payment of money or delivery of grain" or, in other words, for a loss that is financial or pecuniary or purely economic in nature. I am satisfied the

TION] «le seul fait que l'unique préjudice subi par le demandeur dans une action en dommages-intérêts fondée sur la négligence soit de nature financière ou «économique» n'entraîne pas nécessairement le rejet de sa demande». En adoptant l'attitude d'élargissement progressif reflétée dans l'arrêt *Murphy*, il a estimé que la réparation d'un préjudice purement financier ne serait possible que si la confiance au sens de l'arrêt *Hedley Byrne*, précité, le mettait à l'intérieur du champ d'application de l'obligation de diligence.

Toutefois, lord Oliver a aussi reconnu, à la page 486, qu'il ne fallait pas [TRADUCTION] «nécessairement supposer que les affaires de confiance formaient la seule catégorie possible d'affaires dans lesquelles peut exister l'obligation de diligence raisonnable pour éviter ou empêcher une perte financière»; il a cité à titre d'exemples *Morrison Steamship Co., Ltd. v. Greystoke Castle (Cargo Owners)*, [1947] A.C. 265 (H.L.) et *Ross v. Caunters*, [1980] Ch. 297 (Ch.D.). Il a ensuite souligné, à la page 487, que pour qu'une perte financière soit qualifiée de préjudice quasi délictuel.

[TRADUCTION] . . . il est nécessaire de trouver un facteur en plus de la seule existence de la perte et du fait qu'on pouvait prévoir qu'elle se produise. Par conséquent, la qualification d'un dommage comme financier sert au moins à indiquer qu'il faut quelque chose de plus . . . [C'est moi qui souligne.]

En cherchant ce «quelque chose de plus», à la page 490, lord Oliver ne pouvait rien trouver dans la loi pertinente qui puisse [TRADUCTION] «même suggérer que l'objet de la Loi était de protéger les propriétaires des immeubles contre un préjudice financier».

Le facteur qui permet de distinguer la présente espèce provient du fait qu'un des buts visés par la *Loi sur les grains du Canada* est la protection des personnes qui se trouvent dans la situation des intimés à titre de «détenteurs de documents». Selon moi, il existe une très grande différence entre l'obligation d'assurer la qualité d'un immeuble construit à des fins d'habitation humaine par des acquéreurs ou des occupants successifs, et celle d'assurer le dépôt d'une garantie suffisante conformément à des dispositions législatives précises. L'alinéa 36(1)c) énonce ce but clair et évident. Les «engagements» dont le Parlement voulait assurer la protection ne pouvaient être que les engagements relatifs «aux versements de

respondents' losses are recoverable notwithstanding that they are purely economic.

Contributory negligence

The Trial Judge rejected the appellant's contention that the losses claimed were caused or contributed to by the respondents' own negligence by entering into deferred pricing arrangements with Memco and thereby delaying the time at which grain was sold and its price actually paid. When the sales were finally "priced out", Memco was not in a position to pay.

The reasons given by the Trial Judge for rejecting the appellant's contention appear at pages 37-38 of his reasons for judgment:

The evidence does not support the defendant's contentions. There is no evidence that deferred pricing transactions were formally disapproved of by the Commission nor that the Commission considered those transactions to be outside the scope of the security provisions. As far as the plaintiffs were concerned, these transactions represented part of Memco's liabilities which, in the event of Memco's financial failure, would be covered by the security held by the Commission. The Commission gave no indication that this was not so and in fact, when asked by Donald Bradley, a former employee of Memco, Mr. Grant Bolen, of the Commission, stated that there was sufficient security in place to meet outstanding liabilities.

The appellant submits that there was here a failure on the part of the Trial Judge to examine the conduct of the individual respondents in the matter. These respondents, it is said, ought to have demanded payment of the purchase price at the time of delivery or within a reasonable period thereafter. By failing to do so, they were guilty of contributory negligence at the very least. Moreover, they should not be able to reap the benefits of the statutory scheme when their actions would have been such as to release a surety.

I am unable to accept these contentions. The respondents were the beneficiaries of the security scheme and not its debtors. The evidence supports the Trial Judge's finding that the practice of deferring the payment of prices was well established and was well known to the Commission itself. As primary producers whose position was recognized by Parlia-

fonds ou à la livraison de grains» ou, en d'autres mots, relatifs à une perte de nature financière, pécuniaire ou purement économique. Je suis convaincu que les préjudices des intimés sont réparables nonobstant le fait qu'ils sont purement financiers.

Négligence concourante

Le juge de première instance a rejeté les allégations de l'appelante suivant lesquelles les dommages résultent de la négligence ou de la faute partagée des intimés qui ont conclu avec Memco des ententes d'établissement reporté des prix, retardant ainsi le moment de la vente et du paiement effectif. Une fois le prix devenu exigible, Memco n'était pas en mesure de payer.

Les raisons pour lesquelles le juge de première instance a rejeté la prétention de l'appelante figurent à la page 41 de ses motifs de jugement:

La preuve n'appuie pas les allégations de la défenderesse. Il n'y a aucune preuve indiquant que la Commission désapprouvait officiellement les pratiques d'établissement reporté des prix ou qu'elle jugeait ces pratiques non couvertes par les dispositions relatives à la garantie. En ce qui a trait aux demandeurs, ces opérations représentaient une partie des engagements de Memco qui, en cas de faillite de cette dernière, seraient couverts par la garantie détenue par la Commission. La Commission n'a donné aucun signe indiquant que tel n'était pas le cas et, lorsque Donald Bradley, ex-employé de Memco, a demandé à M. Grant Bolen, de la Commission, si la garantie était suffisante, M. Bolen a répondu que la garantie était suffisante pour assurer le respect des engagements en cours.

L'appelante soutient qu'il y a eu manquement de la part du juge de première instance en ce qu'il n'a pas examiné la conduite des particuliers intimés. Ceux-ci, dit-elle, auraient dû exiger le paiement du prix d'achat au moment de la livraison ou dans un délai raisonnable. En ne le demandant pas, ils se sont à tout le moins rendus coupables de négligence concourante. Qui plus est, ils ne devraient pas pouvoir tirer parti du régime législatif prévu quand leurs actes équivalaient à renoncer à une garantie.

Je ne puis accepter ces allégations. Les intimés étaient les bénéficiaires du système de garantie, non les débiteurs. La preuve confirme la conclusion du juge de première instance selon laquelle la pratique des prix différés était bien établie et que la Commission elle-même en était parfaitement au fait. À titre de producteurs primaires dont le statut a fait l'objet

ment in a special way and as persons having no voice in the licensing of elevator producers, the respondents were reasonably entitled to rely on that security. Further, as the Trial Judge put it in the passage I have just recited: “As far as the plaintiffs were concerned, these transactions represented part of Memco’s liabilities which, in the event of Memco’s financial failure, would be covered by the security held by the Commission”.

I can see no reason for limiting the broad protection afforded “holders of documents” for the unpaid “obligations” of Memco under paragraph 36(1)(c) of the Act. In my view, the respondents did not cause or contribute to their losses.

Damages

I come finally to consider a portion of the losses that the appellant contends is not compensable in any event. That portion consists of the difference between the price of the grain as initially agreed to when it was delivered to the licensee and the price as subsequently enhanced by agreement between the vendor and purchaser.

As I observed for a majority of this Court in *R. v. CAE Industries Ltd.*, [1986] 1 F.C. 129, at pages 173-174:

It is not, of course, for this Court sitting in appeal to assess the damages, for to do so would be to remove the function from the hands of the Trial Judge where it properly belongs. It has been stated many times over that an appellate court ought not to reverse a finding of a Trial Judge as to the amount of damages merely because it thinks that, had it tried the case in the first instance, it would have awarded a lesser or greater sum. In order to justify reversing a Trial Judge on his assessment of damages it must be demonstrated that he acted on a wrong principle. (See e.g. *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335; (1985), 55 N.R. 161, *per* Dickson J. at pages 390-391 S.C.R.; 178 N.R.; and *per* Wilson J. at page 364 S.C.R.; 191 N.R.; *Nance v. British Columbia Electric Ry. Co. Ltd.*, [1951] A.C. 601 (P.C.), at page 613; *Flint v. Lovell*, [1935] 1 K.B. 354 (C.A.), *per* Greer L.J. at page 360.)

The problem raised by the appellant was not explicitly dealt with below. In my view, however, the solution must be found in the language of the Act itself and particularly in that of paragraph 36(1)(c).

d’une reconnaissance particulière du législateur et qui n’ont pas voix à l’octroi des permis d’exploitant d’élèveur, les intimés étaient raisonnablement justifiés de se fier à cette garantie. De plus, comme le dit le juge de première instance dans l’extrait précité: «En ce qui a trait aux demandeurs, ces opérations représentaient une partie des engagements de Memco qui, en cas de faillite de cette dernière, seraient couverts par la garantie détenue par la Commission».

Je ne vois donc aucune raison de limiter la large protection dont jouissent les «détenteurs de documents», en vertu de l’alinéa 36(1)c) de la Loi, relativement aux «engagements» non respectés de Memco. À mon avis, les intimés n’ont pas eux-mêmes causé leur préjudice pas plus qu’ils n’y ont contribué.

Dommages-intérêts

Enfin, j’en viens à cette partie du préjudice qui, selon l’appelante, ne peut en aucun cas être indemnisée. Il s’agit de la différence entre le prix du grain initialement convenu au moment de la livraison et le prix ultérieurement relevé suivant entente entre le vendeur et l’acheteur.

Comme je l’ai fait observer au nom de la majorité de cette Cour dans l’arrêt *R. c. CAE Industries Ltd.*, [1986] 1 C.F. 129, aux pages 173 et 174:

Il n’appartient évidemment pas à cette Cour siégeant en appel d’évaluer les dommages-intérêts car si elle agissait ainsi, elle enlèverait au juge de première instance cette fonction qui lui revient de plein droit. Il a déjà été statué à plusieurs reprises qu’une cour d’appel ne devrait pas infirmer la décision d’un juge de première instance quant au montant des dommages-intérêts pour la simple raison qu’elle estime que, si elle avait été saisie de l’affaire en première instance, elle aurait accordé une somme inférieure ou supérieure. Pour que la cour soit justifiée d’infirmer la décision du juge de première instance quant à son évaluation des dommages-intérêts, il faut démontrer qu’il s’est fondé sur un principe erroné. (Voir par exemple *Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335; (1985), 55 N.R. 161, le juge Dickson aux pages 390 et 391 R.C.S.; 178 N.R.; et le juge Wilson à la page 364 R.C.S.; 191 N.R.; *Nance v. British Columbia Electric Ry. Co. Ltd.*, [1951] A.C. 601 (P.C.), à la page 613; *Flint v. Lovell*, [1935] 1 K.B. 354 (C.A.), le lord juge Greer à la page 360.)

Le problème que soulève l’appelante n’a pas été tranché explicitement en première instance. À mon avis, toutefois, la solution se trouve dans les termes mêmes de la Loi, et particulièrement dans ceux de

Although it may be possible to give the words “all obligations to holders of documents for the payment of money or delivery of grain” a narrow construction to embrace only obligations as originally created, I can see no justification for taking that approach. Debts are recoverable only if they fall within the term “obligations”. I think those in issue do so. Whether the price be as originally set or as eventually agreed upon should make no difference. I agree with the Trial Judge’s finding that the Commission itself was fully aware that these enhanced pricing transactions were sometimes entered into. In my opinion, as the damages claimed should not exclude this portion of the sale price, the Trial Judge did not err in principle in his assessment.

In the result, I would dismiss the appeal.

CROSS-APPEAL

I turn to the issues raised on the cross-appeal. The first is whether the Trial Judge erred by deducting from the claim of each of the respondents the interest earned on his *pro rata* share of the principal amount of the security proceeds between the realization thereof and the date of distribution. In deciding as he did, the learned Trial Judge stated, at page 38 of his reasons for judgment:

These plaintiffs received *pro rata* payments from the proceeds of the \$600,000 Memco bond. At the time of distribution, interest had increased the amount available to around 704 or 705 thousand dollars. In calculating the damages of the plaintiffs, the *pro rata* interest received was not deducted to arrive at the net claim advanced against the defendant. I see no justification for excluding the interest portion from the proceeds of the security bond. Here, in this case, what is to be determined is the net loss the plaintiffs have suffered because of non-payment by Memco, and the resultant liability on the defendant.

With respect, I cannot agree that the interest should be so treated. The submission of the cross-appellants is that, to the extent of their *pro rata* share, each became a beneficial owner of the bond proceeds from the date the security was realized. The effect in law, they contend, was that each of them received interest on their own money and that it was wrong, therefore,

l’alinéa 36(1)c). Quoiqu’on puisse donner au passage «tous les engagements envers les détenteurs de documents, relatifs au versement de fonds ou à la livraison de grains» une interprétation étroite pour faire en sorte que soient visées les obligations dans leur seule forme initiale, je ne vois rien qui justifie cette solution. Les dettes ne sont recouvrables que si elles entrent dans la définition du terme «engagements». Or, j’estime que c’est le cas en l’espèce. Que le prix soit celui fixé à l’origine ou le prix finalement convenu ne change rien. Je suis d’accord avec le juge de première instance pour conclure que la Commission était elle-même pleinement au courant de l’existence ponctuelle de ces ententes de relèvement des prix. À mon avis, cette portion du prix de vente ne devant pas être exclue des dommages-intérêts, le juge de première instance n’a pas commis d’erreur de principe dans son évaluation.

En définitive, je suis d’avis de rejeter l’appel.

APPEL INCIDENT

J’en viens aux questions soulevées dans l’appel incident. La première est celle de savoir si le juge de première instance a commis une erreur en déduisant de la réclamation de chacun des intimés les intérêts accumulés sur sa part proportionnelle du montant principal du produit de la garantie, entre la réalisation de celle-ci et la date de la distribution. En tranchant comme il l’a fait, le juge de première instance a dit, aux pages 41 et 42 de ses motifs de jugement:

Ces demandeurs ont reçu un paiement proportionnel à même le produit du cautionnement de 600 000 \$ de Memco. Lors de la distribution, le montant disponible s’élevait à environ 704 000 \$ ou 705 000 \$, en raison des intérêts. Lors du calcul des dommages-intérêts des demandeurs, on n’a pas déduit les intérêts proportionnels reçus pour déterminer le montant net réclamé de la défenderesse. Je ne vois pas pourquoi les intérêts seraient exclus du produit du cautionnement. Ce qu’il faut déterminer en l’espèce, c’est la perte nette que les demandeurs ont subie en raison du non-paiement par Memco et la dette qui en résulte pour la défenderesse.

Avec égards, je ne puis souscrire au traitement ainsi réservé aux intérêts. Les appelants incidents soutiennent qu’à compter de la date de la réalisation de la garantie, chacun d’eux est devenu, en proportion de sa part, bénéficiaire véritable du produit du cautionnement. Ils allèguent que, juridiquement parlant, chacun a ainsi reçu de l’intérêt sur son propre

to reduce the principal debt by the share of interest. I accept the purport of the cross-appellants' submissions. However ownership of the fund might be characterized—something I need not decide—it is clear that the only persons with any possible proprietary interest in it, and the interest thereon, were the cross-appellants. If it had been possible to distribute the proceeds of the bond on the date of realization, each cross-appellant would have received his share and begun to earn interest on his own account. If any of the cross-appellants had realized on the bond in his own right, as each had the statutory right to do, again interest accruing on that cross-appellant's share would have begun to accrue to his account. One way or another, the proceeds of the bond were for the exclusive benefit of the cross-appellants. Why, then, considering that the Commission could never hope to share in the proceeds, should the interest on the fund be applied in such a way as to reduce the Commission's net liability to the cross-appellants in damages? Such a result would be, in my view, a windfall to the Commission and inequitable.

The second issue is whether the Trial Judge erred in failing to consider and dispose of the claim of Robert and Hazel Peterson in the alternative for damages for negligent misstatement based on the principle of reliance in *Hedley Byrne, supra*. It was contended that our jurisdiction to do that which it is said the Trial Judge failed to do is to be found in *Davie Shipbuilding Limited v. The Queen*, [1984] 1 F.C. 461 (C.A.), where Mr. Justice Urie stated, at page 464:

It should not require reference to any authority to state that the failure of a trial judge to deal with an important matter raised by any party at trial, whether or not it involves the exercise of his discretion, ought not to preclude an appeal court from dealing with the matter, when, as here, the evidence and the reasons provide the Court with all information necessary to make a decision thereon.

The difficulty I see in dealing with this issue is considerable. The cross-appellant Robert Peterson and a former employee of Memco testified at the trial

argent et qu'il est par conséquent erroné de réduire la dette principale de la partie reçue au titre de l'intérêt. Je conviens de la valeur des arguments des appelants incidents. Quelle que soit la qualification attribuée au fonds—point que je n'ai pas à trancher—il est évident que les seules personnes susceptibles de détenir un droit de propriété sur ce fonds et sur les intérêts de celui-ci étaient les appelants incidents. Si l'on avait pu distribuer le produit du cautionnement à la date de sa réalisation, chaque appelant incident aurait reçu sa part, laquelle aurait commencé à porter intérêt. Si l'un des appelants incidents avait réalisé le cautionnement de son propre chef, comme ils y étaient tous autorisés en vertu de la loi, l'intérêt couru sur la part de cet appelant incident aurait commencé à être porté à son propre compte. Quoi qu'il en soit, le produit du cautionnement était au bénéfice exclusif des appelants incidents. Pourquoi alors, compte tenu que la Commission ne pouvait en aucun cas espérer participer au produit, les intérêts courus sur le fonds viendraient-ils réduire la responsabilité nette quant aux dommages-intérêts qu'encourt la Commission envers les appelants incidents? À mon avis, un tel résultat serait une aubaine pour la Commission et, partant, inéquitable.

La seconde question soulevée est celle de savoir si le juge de première instance a commis une erreur en ne statuant pas sur la demande en dommages-intérêts qu'ont présentée subsidiairement Robert et Hazel Peterson pour fausse déclaration négligente, se fondant sur le principe de confiance établi dans l'arrêt *Hedley Byrne*, précité. On a soutenu que notre compétence pour trancher une question que n'aurait pas tranchée le juge de première instance trouve appui dans l'arrêt *Davie Shipbuilding Limited c. La Reine*, [1984] 1 C.F. 461 (C.A.), où le juge Urie a dit, à la page 464:

Il n'est nullement nécessaire de s'appuyer sur une jurisprudence pour dire que le fait, pour un premier juge, de ne pas trancher une question importante soulevée par une partie à l'instruction, que cela implique ou non l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, ne doit pas empêcher une cour d'appel de statuer sur la question lorsque, comme en l'espèce, la Cour dispose, dans les éléments de preuve et les motifs de jugement, de tous les renseignements nécessaires pour trancher la question.

Or, la solution de cette question soulève à mon avis des difficultés considérables. L'appelant incident Robert Peterson et un ex-employé de Memco ont

of conversations which took place between them in March 1982. Mr. Peterson testified as to receiving an undertaking from the Memco employee to contact Mr. Bolen in order to ascertain if there would be any problem in receiving payment for grain delivered in the future. The Memco employee, in turn, testified of having taken the matter up with Mr. Bolen and of being told that sufficient security was in place to meet outstanding liabilities. According to this employee, the information was then passed on to Mr. Peterson. The Petersons say they relied on the correctness of that information. Mr. Bolen did not testify on the point and there was no evidence of any direct communication between either of these cross-appellants and Mr. Bolen.

The value to be accorded to this evidence is obviously one of weight, something that is peculiarly within the domain of a trial judge and not an appellate court. Such an assessment has importance for both sides and not just for the cross-appellants, for upon it will depend the question of liability. Accordingly, I would reject this ground of attack on the judgment below. It was not suggested in argument that this question should be returned to the Trial Division.

In the result, I would allow the cross-appeal in respect of the Trial Judge's treatment of interest earned on the security.

DISPOSITION

I would dismiss the appeal and allow the cross-appeal, both with costs. I would add to the damages ordered to be paid to each of the respondents pursuant to the judgment of the Trial Division, an amount equal to the interest which accrued on his *pro rata* share of the proceeds of the security after its realization and prior to its distribution, by varying paragraph 1 of that judgment so that the same will read as follows:

1. The following plaintiffs shall recover from the defendant damages as follows:

Brewer Bros.	\$92,503.11
Elie Dorge	\$34,590.21
Donald Duffy	\$108,889.78
Alex Gorr & Sons	\$10,166.77

témoigné au procès relativement à des conversations qu'ils ont eues entre eux en mars 1982. M. Peterson a déclaré que l'employé de Memco s'était engagé envers lui à communiquer avec M. Bolen pour s'assurer que le paiement des livraisons de grains ne présenterait pas de problèmes dans l'avenir. L'employé de Memco a quant à lui déclaré avoir abordé la question avec M. Bolen, lequel l'a assuré que la garantie déposée était suffisante pour couvrir les impayés. Selon cet employé, l'information a ensuite été transmise à M. Peterson. Les Peterson disent s'être fiés à l'exactitude de cette information. M. Bolen n'a pas témoigné sur ce point et on ne dispose d'aucune preuve de communication directe entre l'un de ces appelants incidents et M. Bolen.

La valeur que l'on doit accorder à ces témoignages dépend de leur force probante, dont l'appréciation est du ressort privilégié du juge de première instance et non de la cour d'appel. Cette appréciation est non seulement importante pour les appelants incidents, mais pour les deux parties car la question de la responsabilité en dépendra. En conséquence, je suis d'avis de rejeter ce moyen d'attaque contre le jugement de première instance. On n'a pas suggéré en argumentation que cette question soit renvoyée à la Section de première instance.

En définitive, je suis d'avis d'accueillir l'appel incident en ce qui a trait au traitement qu'a réservé le juge de première instance à l'intérêt couru sur la garantie.

DISPOSITIF

Je suis d'avis de rejeter l'appel et d'accueillir l'appel incident, le tout avec dépens. J'ajouterais aux dommages-intérêts adjugés à chacun des intimés par le jugement de la Section de première instance un montant égal à l'intérêt couru sur sa part proportionnelle du produit de la garantie, après la réalisation de celle-ci et avant la distribution. À cette fin, je modifierais le paragraphe premier de ce jugement de la façon suivante:

1. La défenderesse est condamnée à payer aux demandeurs nommés ci-après les dommages-intérêts suivants:

Brewer Bros.	92 503,11 \$
Elie Dorge	34 590,21 \$
Donald Duffy	108 889,78 \$
Alex Gorr & Sons	10 166,77 \$

Hutterian Brethren of Pleasant Valley	\$83,192.23	Hutterian Brethren of Pleasant Valley	83 192,23 \$
Dale, Robert and Hazel Peterson	\$56,780.28	Dale, Robert et Hazel Peterson	56 780,28 \$
Walter Riehl	\$57,539.45	Walter Riehl	57 539,45 \$
Larry Weimer	\$48,411.32	Larry Weimer	48 411,32 \$

In all other respects I would confirm the said judgment. *a* À tous autres égards, je confirmerais ledit jugement.

HEALD J.A.: I concur.

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

DÉCARY J.A.: I concur.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Je soucris à ces motifs.

T-2886-84

T-2886-84

X (*Applicant*)X (*requérant*)

v.

c.

Minister of National Defence and Secretary of State for External Affairs (*Respondents*)

Ministre de la Défense nationale et Secrétaire d'État aux Affaires extérieures (*intimés*)

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

RÉPERTORIÉ: X c. CANADA (MINISTRE DE LA DÉFENSE NATIONALE) (1^{re} INST.)

Trial Division, Denault J.—Ottawa, March 28 and August 27, 1991

Section de première instance, juge Denault—Ottawa, 28 mars et 27 août 1991.

Access to information — Historian seeking access to records of Canadian code-breaking agency "Examination Unit" for 1941-1942 and wartime intercepted enemy communications — Ex parte representations and tendering of confidential information and expert evidence by secret affidavits allowed by Act to protect confidential material — Right to cross-examine not provided for in Act and no weighty and exceptional circumstances to warrant cross-examination on affidavits — Nature of confidential relationships between governments and importance thereof in international affairs — Under Act, s. 13, head of government institution must refuse disclosure if document obtained in confidence; document remaining confidential unless other government or organization consents to disclosure or has made information public — Under Act, s. 19, personal information to be withheld — Act not providing for disclosure after 30 years or if applicant has good reason for requesting information — However, head of government institution should be able to state efforts made to determine if exceptions apply — Under s. 15, refusal to disclose on grounds of injury or probable injury to national interest must be reasonable — Refusal to disclose post-1942 personnel information on basis information not directly related to access request not justified as relevance not basis for exemption under Act.

Accès à l'information — Un historien cherchait à se faire communiquer les dossiers du service canadien de décryptage appelé «Examination Unit» pour la période 1941-1942 ainsi que les communications ennemies interceptées pendant la guerre — La Loi autorise la présentation d'arguments ex parte ainsi que le dépôt de renseignements et témoignages d'expert confidentiels sous forme d'affidavits secrets afin de protéger les renseignements confidentiels — La Loi ne prévoit pas le droit au contre-interrogatoire et on n'est pas en présence de circonstances exceptionnelles qui justifieraient le contre-interrogatoire au sujet des affidavits — Nature des relations confidentielles entre gouvernements et leur importance dans les affaires internationales — Selon l'art. 13 de la Loi, le responsable de l'institution fédérale peut refuser la communication si le document en cause a été obtenu à titre confidentiel; ce document demeure confidentiel à moins que le gouvernement ou organisme étranger ne consente à sa divulgation ou ne l'ait rendu public lui-même — L'art. 19 de la Loi exempte les renseignements personnels de la communication — Cette Loi ne dit pas qu'il faut divulguer le document après 30 ans ou si le demandeur a une bonne raison d'en demander la communication — Cependant, il faut que le responsable de l'institution fédérale soit à même de dire quelles mesures ont été prises pour vérifier si les exceptions s'appliquent — Sous le régime de l'art. 15, les motifs invoqués pour refuser la communication pour cause d'atteinte, réelle ou probable, à l'intérêt national doivent être raisonnables — Que les renseignements personnels postérieurs à 1942 n'aient pas un rapport direct avec la demande de communication ne constitue pas un motif d'exemption prévu par la Loi.

The applicant seeks access to records pertaining to a code-breaking agency established in 1941, the "Examination Unit". As an historian, he is interested in information concerning the dismissal, allegedly as a result of diplomatic pressures from the United Kingdom and the United States, of Herbert Yardley, the head of the Unit in 1941, and records with respect to the Japanese, Vichy French and German codes and intercepts obtained when Yardley was associated with the Unit. The Minister of National Defence released 413 pages of records without any information therein being exempted, 132 pages with some information severed by virtue of sections 13, 15 and 19 of the *Access to Information Act* and 243 pages were completely exempted on the basis of these sections. This is an application

Le requérant cherche à se faire communiquer les dossiers relatifs au service de décryptage créé en 1941 sous le nom d'«Examination Unit». En sa qualité d'historien, il s'intéresse aux renseignements concernant le renvoi, apparemment par suite de pressions diplomatiques exercées par le Royaume-Uni et les États-Unis, de Herbert Yardley, le chef de ce service en 1941, ainsi qu'aux codes et messages interceptés des Japonais, des Français de Vichy et des Allemands à l'époque où celui-ci travaillait à l'Examination Unit. Le ministre de la Défense nationale lui a communiqué 413 pages de documents dans leur intégralité et 132 pages avec occultation de certains renseignements par application des articles 13, 15 et 19 de la *Loi sur l'accès à l'information*; le reste, soit 243 pages, était complète-

under section 41 of the Act for a review of that refusal. The respondents applied for an order that the application for review be heard *in camera* and that the respondents may make representations *ex parte* and file supplementary affidavits in a sealed form, not subject to access or cross-examination by the applicant.

Held, the applicant's application should be allowed in part only; the respondents' application should be allowed.

The respondents had exercised reasonable diligence in responding to the applicant's request and this section 41 review should not be expanded beyond the records exempted under sections 13, 15 and 19 of the Act.

In light of the specific provisions of the Act which allow for *in camera* hearings of review applications and in view of the accommodation that is specifically provided to protect confidential material, the respondents' application should be allowed. The right to cross-examine has not been provided for in the Act. Nor were there "weighty and exceptional circumstances" to warrant cross-examination by the applicant on the confidential affidavits. Finally if the Act allows the head of a government institution to make representations *ex parte*, then clearly there can be no right to cross-examine on these representations.

Section 48 of the Act provides that the burden of demonstrating that records are subject to exemption is on the government institution. The information exempted under sections 13 and 19 is reviewable pursuant to section 49 of the Act which provides that the Court may order disclosure or other appropriate measures if it determines that the head of the institution is not authorized to refuse to disclose the record. The information exempted under section 15 is reviewable under section 50 which provides that the Court shall order disclosure or other appropriate measures if it determines that the head of the institution did not have reasonable grounds on which to refuse to disclose the record.

Section 13 Exemption

This section exempts from disclosure records containing information obtained in confidence from foreign governments or institutions. This reflects the importance of confidential relationships between governments in international affairs. Under subsection 13(1), the head of a government institution must simply determine whether the information was obtained in confidence and, if so, must refuse to disclose the record unless the exceptions apply. The mandatory nature of this exemption is set aside only if the other government or organization consents to disclosure or has itself made the information public. Since this was not the case herein, the exemption should stand.

ment exempté en vertu des mêmes dispositions. Il s'agit de l'espèce d'un recours, fondé sur l'article 41 de la Loi, en révision de ce refus. Les intimés concluent à ordonnance portant que le recours en révision serait entendu à huis clos et qu'ils pourraient présenter leurs arguments hors la présence du requérant et déposer des affidavits complémentaires sous pli scellé, soustraits à la consultation comme au contre-interrogatoire de la part de ce dernier.

Jugement: la demande du requérant devrait être accueillie en partie seulement; celle des intimés devrait être accueillie.

Les intimés ont fait raisonnablement diligence pour satisfaire la demande du requérant, et il ne faut pas étendre ce recours fondé sur l'article 41 au-delà des dossiers exemptés par application des articles 13, 15 et 19 de la Loi.

À la lumière des dispositions expresses de la Loi qui prévoient l'audition à huis clos des recours en révision et vu la réserve qui est expressément prévue pour protéger les documents confidentiels, il faut accueillir la requête des intimés. La Loi ne prévoit pas le droit au contre-interrogatoire. On n'est pas en présence non plus de «circonstances exceptionnelles» qui justifieraient un contre-interrogatoire par le requérant au sujet des affidavits confidentiels. Enfin, si la Loi autorise le responsable de l'institution fédérale à présenter des arguments hors la présence de l'autre partie, il ne saurait y avoir droit au contre-interrogatoire au sujet de ces arguments.

Selon l'article 48 de la Loi, il incombe à l'institution fédérale de prouver que les dossiers demandés sont exemptés. Les renseignements exemptés par application des articles 13 et 19 sont soumis au recours visé à l'article 49 de la Loi, lequel prévoit que la Cour ordonne la communication du dossier en cause ou rend toute autre ordonnance qu'elle juge indiquée, si elle conclut au bon droit de la personne qui a exercé le recours en révision. Les renseignements exemptés par application de l'article 15 sont soumis au recours visé à l'article 50, lequel prévoit que la Cour ordonne la communication du document ou rend toute autre ordonnance qu'elle estime indiquée si elle conclut que le refus n'était pas fondé sur des motifs raisonnables.

L'exemption de l'article 13

Cet article exempte de la communication les renseignements obtenus à titre confidentiel de gouvernements étrangers ou de leurs organismes. Cette disposition traduit l'importance des relations confidentielles entre gouvernements dans les affaires internationales. Selon le paragraphe 13(1), le responsable de l'institution fédérale concernée doit tout simplement décider si les renseignements dont il s'agit ont été obtenus à titre confidentiel et, dans l'affirmative, il doit refuser de les divulguer à moins que les exceptions ne s'appliquent. Cette exemption ne perd son caractère obligatoire que si l'autre gouvernement ou organisme consent à la divulgation ou a lui-même rendu public le renseignement. Puisque que tel n'était pas le cas en l'espèce, l'exemption demeure en vigueur.

Section 19 Exemption

Personal information shall be withheld where it clearly fits within and is not exempted by the relevant paragraphs of section 3 of the *Privacy Act* or subsection 19(2) of the *Access to Information Act*. The Act does not provide for a discretion to release information on the basis of how long ago it was obtained. That Yardley died 35 years ago is not relevant to the question whether personal information as to persons other than Yardley should be disclosed unless such persons have been dead for more than twenty years or have consented to the release of the information. While it may be difficult to ascertain whether these exceptions apply, the head of a government institution cannot simply state that he does not know whether the exceptions apply. He should be in a position to state what efforts were made in this regard.

Section 15 Exemption

This provision authorizes the head of a government institution to refuse access where disclosure could be injurious to the national interest. The Court must form its own opinion in determining whether the explanations provided for refusing to disclose are reasonable.

The Minister's refusal to disclose was justified in every instance, except with respect to two records containing the names, position, titles and date of hiring of individuals hired after 1942. It was severed on the basis that the information, which is post-1942, was not relevant to the applicant's request for information about the Examination Unit during the "Yardley period", 1941-1942. The fact that information is not directly related to an access request is not a basis for exemption under the Act and the respondents therefore did not have reasonable grounds to refuse to disclose that information.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Access to Information Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Schedule I, ss. 2, 4, 6, 8(1), 10(1)(b), 13, 15, 19, 20(1)(b), 30(1), 41, 47(1), 48, 49, 50, 52(1),(2),(3).
Archives Act 1983 (Cth), s. 33(1)(a),(b).
Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, ss. 36.1 (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 4), 36.2 (as enacted *idem*).
National Security Act of 1947, 61 Stat. 498, 50 USC §403(d)(3)(1982), §102(d)(3).
Privacy Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Sch. II, s. 3.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Maislin Industries Limited v. Minister for Industry, Trade and Commerce*, [1984] 1 F.C. 939; (1984), 10 D.L.R. (4th) 417; 8 Admin. L.R. 305; 27 B.L.R. 84 (T.D.);
Kejvork v. The Queen, [1984] 2 F.C. 753; (1984), 17 C.C.C. (3d) 426 (T.D.); *Canada (Information Commis-*

L'exemption de l'article 19

Sont exemptés les renseignements personnels qui correspondent exactement aux catégories visées à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ou au paragraphe 19(2) de la *Loi sur l'accès à l'information*. La Loi ne prévoit pas le pouvoir discrétionnaire de divulguer le renseignement en fonction du temps qui s'est écoulé depuis le moment où il fut obtenu à l'origine. Le fait que Yardley soit mort depuis 35 ans ne présente aucune importance pour ce qui est de savoir si des renseignements concernant quelqu'un d'autre devraient être divulgués, à moins que l'intéressé ne soit mort depuis plus de 20 ans ou n'ait consenti lui-même à cette divulgation. Bien qu'il puisse être difficile de vérifier si ces exceptions s'appliquent, il ne suffit pas au responsable de l'institution fédérale de dire qu'il ne sait pas si elles s'appliquent. Il faut qu'il soit à même de dire quelles mesures ont été prises à cet égard.

L'exemption de l'article 15

Cette disposition autorise le responsable de l'institution fédérale à refuser la communication si elle risque de porter atteinte à l'intérêt national. La Cour doit former sa propre opinion pour décider si les explications données à l'appui de ce refus sont raisonnables.

Le refus de communication du ministre était justifié, sauf à l'égard de deux dossiers contenant les renseignements relatifs aux noms, fonctions et date d'engagement d'individus engagés après 1942. Ces renseignements ont été occultés par ce motif qu'ils sont postérieurs à 1942 et, de ce fait, n'ont rien à voir avec la demande faite par le requérant de consulter les renseignements sur le service de décryptage de la «période Yardley», 1941-1942. Que ces renseignements n'aient pas un rapport direct avec la demande de communication ne constitue pas un motif d'exemption prévu par la Loi; les intimés n'ont donc pas des motifs raisonnables pour refuser de les divulguer.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Archives Act 1983* (Cth), art. 33(1)(a),(b).
Loi sur l'accès à l'information, S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, annexe I, art. 2, 4, 6, 8(1), 10(1)(b), 13, 15, 19, 20(1)(b), 30(1), 41, 47(1), 48, 49, 50, 52(1),(2),(3).
Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 36.1 (édicte par S.C. 1980-81-82,83, chap. 111, art. 4), 36.2 (édicte *idem*).
Loi sur la protection des renseignements personnels, S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, annexe II, art. 3.
National Security Act of 1947, 61 Stat. 498, 50 USC §403(d)(3)(1982), §102(d)(3).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Maislin Industries Limited c. Ministre de l'Industrie et du Commerce*, [1984] 1 C.F. 939; (1984), 10 D.L.R. (4th) 417; 8 Admin. L.R. 305; 27 B.L.R. 84 (1^{re} inst.); *Kejvork c. La Reine*, [1984] 2 C.F. 753; (1984), 17 C.C.C. (3d) 426 (1^{re} inst.); *Canada (Commissaire à l'information) c.*

sioner) v. *Canada (Secretary of State for External Affairs)*, [1990] 1 F.C. 395; (1989), 64 D.L.R. (4th) 413; 28 C.P.R. (3d) 301; 32 F.T.R. 161 (T.D.); *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, [1990] 3 F.C. 22; (1990), 67 D.L.R. (4th) 585; 33 F.T.R. 234 (T.D.); *Goguen v. Gibson*, [1983] 1 F.C. 872; aff'd [1983] 2 F.C. 463; (1984), 7 D.L.R. (4th) 144; 3 Admin. L.R. 225; 10 C.C.C. (3d) 492; 40 C.P.C. 295; 50 N.R. 286 (C.A.).

DISTINGUISHED:

Central Intelligence Agency v. Sims, 471 U.S. 159 (1985); 85 L Ed 2d 173; 105 S Ct. 1881.

CONSIDERED:

Re Throssell and Australian Archives (1986), 10 ALD 403 (Adm. App. Trib.).

REFERRED TO:

Re Maher and Attorney-General's Department (1985), 7 ALD 731 (Adm. App. Trib.).

COUNSEL:

X for applicant.
B. A. McIsaac, Q.C., for respondents.

SOLICITORS:

X for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

The following are the reasons for order rendered in English by

DENAULT J.: This is an application by X (the "applicant") pursuant to section 41 of the *Access to Information Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 111, [Schedule I] [now R.S.C. 1985, c. A-1] (the "Act"), for a review of the respondents' refusal to provide access to records or parts thereof relating to the applicant's Access to Information Request dated March 18, 1984. The respondent Minister of National Defence refused access on the basis of the exemptions set out in sections 13, 15 and 19 of the Act. By notice of motion dated March 20, 1991, the respondents applied, pursuant to subsections 47(1), 52(2) and 52(3) of the Act, for an order that the application for review be heard *in camera* and that the respondents may make representations *ex parte* and file supplementary affidavits in a sealed form, not subject to access or cross-examination by the applicant. These matters came on for hearing at Ottawa, Ontario on March 28, 1991 at which time I granted the respon-

Canada (Secrétaire d'État aux Affaires extérieures), [1990] 1 C.F. 395; (1989), 64 D.L.R. (4th) 413; 28 C.P.R. (3d) 301; 32 F.T.R. 161 (1^{re} inst.); *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1990] 3 C.F. 22; (1990), 67 D.L.R. (4th) 585; 33 F.T.R. 234 (1^{re} inst.); *Goguen c. Gibson*, [1983] 1 C.F. 872; conf. par [1983] 2 C.F. 463; (1984), 7 D.L.R. (4th) 144; 3 Admin. L.R. 225; 10 C.C.C. (3d) 492; 40 C.P.C. 295; 50 N.R. 286 (C.A.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Central Intelligence Agency v. Sims, 471 U.S. 159 (1985); 85 L Ed 2d 173; 105 S Ct. 1881.

DÉCISION EXAMINÉE:

Re Throssell and Australian Archives (1986), 10 ALD 403 (Adm. App. Trib.).

DÉCISION CITÉE:

Re Maher and Attorney-General's Department (1985), 7 ALD 731 (Adm. App. Trib.).

d AVOCATS:

X pour le requérant.
B. A. McIsaac, c.r., pour les intimés.

e PROCUREURS:

X pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

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

LE JUGE DENAULT: Il y a en l'espèce recours, introduit par X (le «requérant») en application de l'article 41 de la *Loi sur l'accès à l'information*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 111 [annexe I.] [L.R.C. (1985), chap. A-1] (la «Loi»), en révision du refus des intimés de communiquer les dossiers ou certains de leurs éléments, visés par la demande de communication en date du 18 mars 1984 du requérant. L'intimé ministre de la Défense nationale avait refusé la communication en invoquant les exemptions prévues aux articles 13, 15 et 19 de la Loi. Par avis de requête en date du 20 mars 1991, les intimés se sont fondés sur les paragraphes 47(1), 52(2) et 52(3) de la Loi pour conclure à ordonnance portant que le recours en révision serait entendu à huis clos, et qu'ils pourraient présenter leurs arguments hors la présence du requérant et déposer des affidavits complémentaires sous pli scellé, soustraits à la consultation comme au contre-interrogatoire de la part de ce dernier. L'affaire étant

dents' application and reserved judgment on the application for review under section 41 of the Act.

venue en bon ordre à Ottawa (Ontario), le 28 mars 1991, j'ai fait droit à la requête des intimés et pris en délibéré le recours en révision fondé sur l'article 41 de la Loi.

a

FACTS

In an effort to obtain and examine records pertaining to the "Examination Unit", a code-breaking agency established in 1941 by Lester B. Pearson, then Under-Secretary of External Affairs, the applicant submitted an unsigned Access to Information Request (the "Request") dated March 8, 1984, to the Department of External Affairs. Specifically, he requested access to information relating to the years 1941-42 during which Herbert Osborne Yardley, a cryptologist, was the Head of the Examination Unit. Mr. Yardley had previously worked in the Cipher Bureau in the United States during World War I until it was disbanded in 1929 by President Hoover. In 1938 he was hired by Nationalist China to solve Japanese codes and ciphers and in May, 1941 he was hired by the Canadian Government to head up the Examination Unit. He was subsequently released as a result of alleged diplomatic pressure from the United Kingdom and the United States. The applicant is interested in information concerning Mr. Yardley's dismissal and records with respect to the Japanese, Vichy French and German codes and intercepts obtained when Yardley was associated with the Examination Unit. Therefore, in his Access to Information Request dated March 8, 1984 the applicant requested records connected with:

- 1) Japanese codes and intercepts connected with the outbreak of war in the Pacific, (Pearl Harbour, Hong Kong, Singapore, Manila, etc.);
- 2) Vichy codes and intercepts connected with the islands of St. Pierre and Miquelon and their take-over by the Free French;
- 3) German codes and intercepts connected with the outbreak of war between Germany and the Soviet Union;

LES FAITS DE LA CAUSE

En cherchant à se faire communiquer les dossiers relatifs au service de décryptage créé sous le nom d'«Examination Unit» en 1941 par M. Lester B. Pearson, qui était à l'époque sous-secrétaire d'État aux Affaires extérieures, le requérant a présenté, en date du 8 mars 1984, une demande non signée de communication (la «demande») au ministère des Affaires extérieures. Plus précisément, il demanda la communication de renseignements se rapportant aux années 1941 et 1942, au cours desquelles un cryptologue du nom de Herbert Osborne Yardley était à la tête de l'Examination Unit. M. Yardley avait travaillé au Cipher Bureau des États-Unis pendant la Première Guerre mondiale jusqu'à ce que ce bureau fût dissout par le président Hoover en 1929. En 1938, il fut employé par la Chine nationaliste pour déchiffrer les codes et chiffres japonais et en mai 1941, il fut engagé par le gouvernement du Canada pour diriger l'Examination Unit. Il a été renvoyé par la suite, apparemment en raison de pressions diplomatiques exercées par le Royaume-Uni et les États-Unis. Le requérant s'intéresse aux renseignements se rapportant au renvoi de M. Yardley, ainsi qu'aux codes et messages interceptés des Japonais, des Français de Vichy et des Allemands à l'époque où celui-ci travaillait à l'Examination Unit. C'est ainsi que dans sa demande de communication en date du 8 mars 1984, le requérant a demandé communication des renseignements suivants:

h

[TRADUCTION] 1) Codes et messages interceptés des Japonais, qui se rapportent au déclenchement de la guerre dans le Pacifique (Pearl Harbour, Hong Kong, Singapour, Manille, etc.);

i

2) Codes et messages interceptés des autorités françaises de Vichy, au sujet des îles Saint-Pierre et Miquelon, et de l'occupation de ces dernières par les Forces françaises libres;

j

3) Codes et messages interceptés des Allemands, qui se rapportent au déclenchement de la guerre entre l'Allemagne et l'Union soviétique;

4) The decision for replacing Yardley and his dismissal from "Unit".

Pursuant to subsection 8(1) of the Act, the applicant's Request was transferred to the Department of National Defence ("DND") which was identified as the government institution having the greatest interest in the requested records. On April 13, 1984 DND denied the Request and, in accordance with paragraph 10(1)(b), advised the applicant, without confirming or denying the existence of the requested records, that such records would be exempt from disclosure pursuant to section 15 of the Act. On May 2, 1984 the applicant registered a complaint with the Office of the Information Commissioner of Canada and an investigation was initiated. The Commissioner's "Report on Results of Investigation" dated November 2, 1984 indicated, however, that the Information Commissioner was "satisfied that the Department of National Defence was justified in law in the course of action it followed" and that the applicant's complaint against the Department was not considered to be well founded.

By notice of motion filed December 14, 1984 the applicant brought an application under section 41 of the Act to review the respondents' decision to refuse access. However, DND subsequently discovered and disclosed to the applicant records relating to the Examination Unit and on March 29, 1985 he was advised that further information would be forthcoming. Consultations with agencies of foreign governments and a further review of the records in question were conducted. On April 19, 1985, DND provided to the applicant what it considered to be the balance of the records, subject to severance where the material was exempted under the Act, relating to his request of March 8, 1984. On April 23, 1985, the applicant's application was "withdrawn, without prejudice to a fresh application under the *Access to Information Act*".

Another unsigned Access to Information Request was submitted by the applicant on August 9, 1985 in which he sought the following records:

What I am seeking are any records of the Examination Unit from 1941 through January of 1942 (when Yardley departed); any intercepted communications from German, Japanese and Vichy sources; any personnel record regarding Yardley, (who has been deceased about 30 years); and, any photographic

4) La décision de remplacer Yardley et son renvoi de l'Examination Unit.

Conformément au paragraphe 8(1) de la Loi, la demande du requérant fut transmise au ministère de la Défense nationale («MDN») qui était identifié comme l'institution fédérale ayant le plus grand intérêt dans les dossiers faisant l'objet de cette demande. Le 13 avril 1984, le MDN rejeta la demande et, conformément à l'alinéa 10(1)b), informa le requérant que les dossiers de ce genre étaient exemptés de divulgation par l'article 15 de la Loi, sans pour autant en confirmer ou nier l'existence. Le 2 mai 1984, le requérant déposa une plainte auprès du Commissariat à l'information du Canada, ce qui a déclenché une enquête à ce sujet. Cependant, dans son compte rendu des résultats de l'enquête en date du 2 novembre 1984, le Commissaire à l'information conclut que [TRADUCTION] «la décision du ministère de la Défense nationale était justifiée au regard de la loi» et que la plainte déposée par le requérant contre ce ministère n'était pas fondée.

Par avis de requête déposé le 14 décembre 1984, le requérant a introduit, en application de l'article 41 de la Loi, ce recours en révision du refus de communication de la part des intimés. Par la suite cependant, le MDN a divulgué au requérant des dossiers relatifs à l'Examination Unit et, le 29 mars 1985, l'a informé que d'autres documents suivraient. Après consultation d'organismes d'autres pays et nouvel examen des documents en question, le MDN a communiqué le 19 avril 1985 au requérant ce que le Ministère considérait comme le solde des renseignements visés par la demande du 8 mars 1984 de ce dernier, sauf occultation des renseignements exemptés en application de la Loi. Le 23 avril 1985, le requérant se désista de son recours [TRADUCTION] «sans préjudice d'un nouveau recours fondé sur la *Loi sur l'accès à l'information*».

Le 9 août 1985, le requérant soumit une autre demande non signée de communication, par laquelle il chercha les renseignements suivants:

[TRADUCTION] Je demande à consulter tous les dossiers de l'Examination Unit de 1941 à janvier 1942 (date du départ de Yardley), les communications interceptées des Allemands, des Japonais et des Français de Vichy; les dossiers du personnel concernant Yardley (qui est mort depuis quelque 30 ans), et

records of the Examination Unit (at Montreal Road or 345 Laurier Avenue) and its personnel, (if possible).

By notice of motion filed October 29, 1985, the applicant brought another application for review under section 41 of the Act wherein he described the respondents' refusals to provide access as follows:

That the [respondents] refused access to records and parts thereof pertaining to Herbert Osborne Yardley and the Examination Unit claiming exemptions under Sections 13 and 15, as well as Section 19, of the *Access to Information Act* during their disclosures of records between January 30th and April 19th of this year when these records could have been disclosed; and, that after the later disclosure of additional records relating to the Applicant's original request the Minister of National Defence refused access to records and parts thereof claiming exemptions under Sections 15 and 19 . . . when these records could have been disclosed.

In a letter to the Court dated November 28, 1985, counsel for the respondents noted, however, that the Information Commission had not conducted an investigation with respect to the information discovered subsequent to the discontinuance of the earlier application for review. On November 19, 1987 a further report of investigation by the Information Commissioner confirmed that DND had withdrawn the exemptions and released the records to the applicant. The Information Commissioner, therefore, recorded the complaint as having been "supportable-resolution negotiated" and the file was closed subject to the applicant's right to initiate a separate investigation in the event he was not satisfied with DND's response.

DND continued to provide the applicant with the requested records, subject to the appropriate exemptions under the Act, as well as additional records related to but not specifically referred to in his request. The applicant also continued to make additional requests for access and filed additional complaints with respect to the manner in which the records were being processed by the respondents and the refusal to provide photographic copies of photographs.

The respondents now advise that, despite the initial refusal to disclose records, information was subsequently released to the applicant on January 30, April 1 and 19, 1985 and on August 8 and September 16,

toutes les photographies concernant l'Examination Unit (sis chemin Montréal ou au n° 345, avenue Laurier) et son personnel (si possible).

Par avis de requête déposé le 29 octobre 1985, le requérant a introduit un autre recours, fondé sur l'article 41 de la Loi, en révision du refus de communication des intimés, qu'il a rapporté en ces termes:

[TRADUCTION] Les [intimés] ont refusé la communication des dossiers et des éléments de ces dossiers, relatifs à Herbert Osborne Yardley et à l'Examination Unit, en invoquant les exemptions prévues aux articles 13, 15 et 19 de la *Loi sur l'accès à l'information*, pendant qu'ils divulguaient des dossiers pendant la période allant du 30 janvier au 19 avril de cette année et que les premiers auraient pu être communiqués; et, après la divulgation subséquente d'autres dossiers visés par la demande initiale du requérant, le ministre de la Défense nationale a refusé la communication de dossiers et de certains éléments de dossier en invoquant les exemptions prévues aux articles 15 et 19 . . . alors que ceux-ci auraient pu être divulgués.

Par lettre adressée à la Cour en date du 28 novembre 1985, l'avocate des intimés fait cependant remarquer que le Commissariat à l'information n'avait pas procédé à une enquête au sujet des renseignements communiqués après le retrait du premier recours en révision. Le 19 novembre 1987, un nouveau compte rendu du Commissaire à l'information confirma que le MDN avait retiré les exemptions et communiqué les dossiers au requérant. Aussi le Commissaire à l'information a-t-il inscrit la plainte dans ses livres comme «fondée-résolution négociée»; le dossier fut classé sous réserve du droit du requérant de demander une autre enquête au cas il ne serait pas satisfait de la suite donnée par le MDN.

Le MDN a continué à communiquer au requérant les dossiers demandés, sous réserve des exemptions fondées sur la Loi, ainsi que d'autres dossiers indirectement mais non pas expressément visés par la demande du requérant. De son côté, celui-ci a continué à faire d'autres demandes de communication et à déposer d'autres plaintes sur le mode de traitement des dossiers par les intimés et sur leur refus de fournir les reproductions des photographies.

Les intimés font maintenant savoir que, malgré leur refus initial de communiquer les dossiers, certains ont été subséquemment mis à la disposition du requérant les 30 janvier, 1^{er} et 19 avril 1985, et les 8

1988. In all 788 pages of records had been identified as being relevant to the request. However, only 413 pages of records were released to the applicant without any information therein being exempted, 132 pages of records were released with some information severed therefrom by virtue of sections 13, 15 and 19 of the Act, and 243 pages were completely exempted on the basis of these sections. In his Memorandum of Fact and Law dated March 8, 1991 the applicant also states that the respondents have not provided him with access to many of the requested records including the German, Vichy French and Japanese codes and any of the records originating from the Communications Branch of the National Research Council. He also alleges that records pertaining to the decision to replace Yardley have not been fully disclosed. Nevertheless, a further investigation by the Information Commissioner subsequent to the November, 1987 report does not appear to have been initiated by the applicant.

août et 16 septembre 1988. En tout, 788 pages de documents ont été identifiés comme étant visés par la demande. Cependant, seulement 413 pages ont été intégralement communiquées au requérant, 132 pages communiquées avec occultation de certains renseignements par application des articles 13, 15 et 19 de la Loi, et 243 pages complètement exemptées en vertu des mêmes dispositions. Dans son mémoire des points de fait et de droit en date du 8 mars 1991, le requérant soutient aussi que les intimés ne lui ont pas communiqué un grand nombre des documents demandés, dont les codes utilisés par les Japonais, les Français de Vichy et les Allemands, ainsi que les dossiers émanant de la Direction des communications du Conseil national de recherches. Il prétend aussi que les documents relatifs à la décision de remplacer Yardley n'ont pas été intégralement divulgués. Il appert néanmoins qu'il n'a pas demandé une nouvelle enquête du Commissaire à l'information après le compte rendu de novembre 1987 de ce dernier.

ISSUES

1. What is the exact "refusal to provide access" that is subject to this section 41 review?
2. Should the Applicant be given an opportunity to cross-examine the deponents of the secret affidavits? and,
3. Were the records or portions thereof properly exempted pursuant to sections 13, 15 and 19 of the *Access to Information Act*?

ISSUE NO. 1: What is the exact "refusal to provide access" that is subject to this section 41 review?

The history of this application reveals that there have been a number of access to information requests, complaints and investigations initiated by the applicant and a number of attempts to provide access to records on the part of the respondents. Therefore, it is not readily apparent which refusals to provide access are at issue in this section 41 application. The relevant provisions of the Act which deal with requests for access, complaints, investigations and review are as follows:

LES POINTS LITIGIEUX

1. Quel est exactement le «refus de communication» susceptible du recours en révision prévu à l'article 41?
2. Faut-il donner au requérant la possibilité de contre-interroger les auteurs des affidavits secrets?
3. Les dossiers ou certains de leurs éléments ont-ils été exemptés à bon droit en application des articles 13, 15 et 19 de la *Loi sur l'accès à l'information*?

POINT N^o 1: Quel est exactement le «refus de communication» susceptible du recours en révision prévu à l'article 41?

Si l'on considère la genèse de cette affaire, il y a eu un certain nombre de demandes de communication et de plaintes émanant du requérant, d'enquêtes par lui déclenchées et de mesures prises par les intimés pour donner accès aux renseignements demandés. Il est donc impossible de dire *a priori* quels refus sont visés par ce recours fondé sur l'article 41. Voici les dispositions de la Loi relatives aux demandes de communication, aux plaintes, aux enquêtes et au recours en révision:

4. (1) Subject to this Act, but notwithstanding any other Act of Parliament, every person who is

(a) a Canadian citizen, or

(b) a permanent resident within the meaning of the *Immigration Act, 1976*,

has a right to and shall, on request, be given access to any record under the control of a government institution.

6. A request for access to a record under this Act shall be made in writing to the government institution that has control of the record and shall provide sufficient detail to enable an experienced employee of the institution with a reasonable effort to identify the record.

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

(a) that the record does not exist, or

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

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

30. (1) Subject to this Act, the Information Commissioner shall receive and investigate complaints

(a) from persons who have been refused access to a record requested under this Act or a part thereof;

41. Any person who has been refused access to a record requested under this Act or a part thereof may, if a complaint has been made to the Information Commissioner in respect of the refusal, apply to the Court for a review of the matter within forty-five days after the time the results of an investigation of the complaint by the Information Commissioner are reported to the complainant under subsection 37(2) or within such further time as the Court may, either before or after the expiry of those forty-five days, fix or allow. [Emphasis added.]

Although the second application for review dated October 29, 1985 could be viewed as a continuance of the former proceeding, it appears that a further investigation by the Information Commissioner should have been conducted with respect to the

4. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi mais nonobstant toute autre loi du Parlement, ont droit à l'accès aux documents des institutions fédérales et peuvent se les faire communiquer sur demande:

a) les citoyens canadiens;

b) les résidents permanents au sens de la *Loi sur l'immigration de 1976*.

6. La demande de communication d'un document se fait par écrit auprès de l'institution fédérale dont relève le document; elle doit être rédigée en des termes suffisamment précis pour permettre à un fonctionnaire expérimenté de l'institution de retrouver le document sans problèmes sérieux.

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

a) soit le fait que ce document n'existe pas;

b) soit la disposition précise de la présente loi sur laquelle se fonde le refus ou, s'il n'est pas fait état de l'existence du document, la disposition sur laquelle il pourrait vraisemblablement se fonder si le document existait.

30. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le Commissaire à l'information reçoit les plaintes et fait enquête sur les plaintes:

a) déposées par des personnes qui se sont vu refuser la communication totale ou partielle d'un document qu'elles ont demandé en vertu de la présente loi;

41. La personne qui s'est vu refuser communication totale ou partielle d'un document demandé en vertu de la présente loi et qui a déposé ou fait déposer une plainte à ce sujet devant le Commissaire à l'information peut, dans un délai de quarante-cinq jours suivant le compte rendu du Commissaire prévu au paragraphe 37(2), exercer un recours en révision devant la Cour. La Cour peut, avant ou après l'expiration du délai, le proroger ou en autoriser la prorogation. [Passages non soulignés dans l'original.]

Bien qu'on puisse voir dans le second recours en révision en date du 29 octobre 1985 la prolongation de l'instance antérieure, il appert que le Commissaire à l'information aurait dû faire enquête au sujet des documents dont les intimés ont invoqué l'exemption

records for which the respondents have claimed an exemption and which have not been considered in the previous investigations. However, due to the time that has elapsed since the original request in 1984 and in the light of the efforts undertaken by both parties since the withdrawal of the first application for review, to deal with the applicant's original request, it would not be appropriate that the applicant now be barred, on a purely technical basis, from proceeding with his review application. However, it would be appropriate, in my opinion to limit the review to a failure to disclose those records relating to the request of August 9, 1985 in so far as they relate to the initial request of March 8, 1984. Specifically, the review should be limited to a consideration of the records which have been completely withheld or severed on the basis of exemptions under the Act as outlined in the affidavit of Lesia Maruschak, Access to Information and Privacy Officer, DND Communications Security Establishment, dated October 20, 1988. In any event, the Court is not in a position to know whether additional records exist.

This appears to accord with the applicant's request at paragraph 20 of his affidavit dated October 28, 1985 for an impartial review of all the records or parts thereof exempted under sections 13, 15 and 19 of the Act. The applicant has nonetheless argued that the efforts of the respondents to disclose were inadequate. He observes that much of the requested information was not discovered until after he commenced the application for review and he suggests that, with further efforts, additional documents that may have been forgotten or mislaid, such as the "French Bulletin", could be located. He suspects that there has been an effort on the part of DND to conceal information, particularly in the light of the initial secrecy surrounding the existence of the Examination Unit, and he questions whether the respondents have exercised reasonable diligence in responding to his request.

Counsel for the respondents admits that the relationship between the parties did not get off to a good start when the applicant's request was initially refused. She states, however, that after several boxes of documents were accidentally discovered and upon consultations with foreign governments and a further

et qui n'ont pas fait l'objet des enquêtes antérieures. Étant donné cependant le temps qui s'est écoulé depuis la première demande faite en 1984 et à la lumière des efforts faits de part et d'autre après l'abandon du premier recours en révision, pour résoudre la première demande du requérant, il serait injuste que celui-ci soit maintenant irrecevable, pour une raison strictement procédurale, à donner suite à son recours en révision. Il y aurait cependant lieu, à mon avis, de confiner la révision au défaut de communiquer les dossiers visés à la demande en date du 9 août 1985, dans la mesure où ils sont couverts par la demande initiale du 8 mars 1984. Plus particulièrement, la révision devrait être limitée aux dossiers qui ont été entièrement refusés ou partiellement occultés sous couvert des exemptions prévues à la Loi et tels qu'ils figurent à l'affidavit en date du 20 octobre 1988 de Lesia Maruschak, coordonnatrice de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels, Centre de la sécurité des télécommunications du MDN. Quoi qu'il en soit, la Cour n'est pas en mesure de savoir si d'autres documents existent.

Cette conclusion s'accorde avec la demande faite par le requérant, au paragraphe 20 de son affidavit en date du 28 octobre 1985, d'un examen impartial de tous les documents ou de leurs éléments, exemptés par application des articles 13, 15 et 19 de la Loi. Le requérant fait néanmoins valoir que les intimés n'ont pas fait tous les efforts nécessaires pour communiquer les documents en cause. Il fait observer qu'une grosse partie des renseignements demandés n'a été communiquée qu'après qu'il eut intenté son recours en révision et que, si les intimés y avaient mis un peu plus d'efforts, des documents qui ont été peut-être oubliés ou égarés, comme le «French Bulletin», pourraient être retrouvés. Il soupçonne que le MDN s'est efforcé de soustraire des documents, en particulier à la lumière du voile de secret jeté au début sur l'existence de l'Examination Unit, et il doute que les intimés aient fait raisonnablement diligence pour satisfaire sa demande.

L'avocate des intimés reconnaît que les rapports entre les parties ont mal commencé en raison du rejet initial de la demande du requérant. Elle fait cependant savoir qu'après que plusieurs cartons de documents eurent été accidentellement découverts, après consultation de gouvernements étrangers et après

review of the other documents in question, records were subsequently released to the applicant on January 30, April 1 and 19, 1985 and on August 8 and September 15, 1988. Many of the documents provided to the applicant were not part of his original access request but were released in a spirit of cooperation, despite the fact that the Department was not obliged to disclose these records to the applicant. She submits that a diligent effort has been made to respond to the applicant's access request and that no documents have been withheld of which the respondents are aware. Unfortunately, as evidenced in a memorandum dated May, 1972 and attached as Exhibit "A" to the affidavit of Ronald Browne, DND Access to Information and Privacy Officer, sworn March 27, 1991, some of the material that the applicant is searching for has either been destroyed in a general purging of the files that occurred in 1971 or it has been placed elsewhere.

Section 6 imposes an obligation on the applicant to state precisely what he is seeking and a corresponding obligation is imposed on the Canadian institution to make all efforts to locate and identify documents relevant to the request. It is evident here that the applicant has received a great deal of information and records in response to his original request, including 2,000 pages of records in August, 1988, which apparently go beyond the request. It certainly appears that substantial efforts have been undertaken on behalf of the respondents to respond to what in my opinion appears to be a very broad request. I am, therefore, unwilling to accept the applicant's submissions, which are based on mere suspicion and speculation, to expand this section 41 review beyond the records exempted under sections 13, 15 and 19 of the Act as listed in Ms. Maruschak's affidavit and as further referred to in the affidavit of Ronald Browne, DND Access to Information and Privacy Officer, sworn March 18, 1991.

ISSUE NO. 2: Applicant's objection to the introduction of secret affidavits not subject to cross-examination — Should the applicant be given an opportunity to cross-examine the deponents on the secret affidavits?

examen plus poussé des autres documents en question, des dossiers ont été communiqués au requérant les 30 janvier, 1^{er} et 19 avril 1985, et les 8 août et 15 septembre 1988. Un grand nombre de documents mis à la disposition du requérant n'étaient même pas visés par la première demande de celui-ci, mais lui ont été quand même communiqués dans un esprit de coopération, bien que le Ministère n'y fût pas obligé. Elle soutient qu'il y a eu effort diligent pour satisfaire la demande de communication du requérant, et que les intimés ne sont au courant d'aucun document qui eût été retenu. Malheureusement, comme en témoigne une note de service en date de mai 1972 et jointe à titre d'annexe «A» à l'affidavit établi le 27 mars 1991 par Ronald Browne, coordonnateur de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels du MDN, certains documents dont le requérant demande communication ont été soit détruits lors d'une destruction générale de vieux dossiers en 1971 soit placés ailleurs.

L'article 6 fait au demandeur l'obligation d'indiquer en termes précis ce qu'il cherche à se faire communiquer, et à l'institution fédérale intéressée l'obligation correspondante de faire tous les efforts pour trouver les documents visés par la demande. Il est évident qu'en l'espèce, le requérant a reçu beaucoup de renseignements et de dossiers par suite de sa demande initiale, y compris 2 000 pages de documents communiquées en août 1988 et qui dépassent même cette demande. Il appert que les représentants des intimés ont fait des efforts considérables pour satisfaire ce qui est à mes yeux une demande très générale. Je ne suis donc pas enclin à faire droit à la conclusion du requérant, faite de suspicion et de conjectures, pour étendre le recours fondé sur l'article 41 au-delà des dossiers exemptés par application des articles 13, 15 et 19 de la Loi, tels qu'en fait état l'affidavit de Mme Maruschak et tels que les rappelle l'affidavit en date du 18 mars 1991 de Ronald Browne, coordonnateur de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels du MDN.

POINT N^o 2: Objection du requérant à l'introduction d'affidavits secrets soustraits au contre-interrogatoire — Faut-il lui accorder la possibilité de contre-interroger les auteurs de ces affidavits?

At the outset of the hearing, the applicant raised an objection to the tendering of the confidential documents and expert evidence in the form of secret affidavits because he did not have an opportunity to examine the witness' testimony and verify their expertise through cross-examination. The applicant also submitted that *ex parte* representations were inappropriate because he already knew the existence of some of the records in his request, he could identify several by name, and he was able to ascertain the identities of agents and code names and other names concealed in many of the records. He also submitted that this information was identified elsewhere in the disclosures and that, in any event, it was publicly available.

However, in the light of the specific provisions of the Act which allow for *in camera* hearings of review applications and in view of the accommodation that is specifically provided to protect confidential material, the only suitable way to deal with this issue is in the manner proposed by counsel for the respondents. The following provisions of the Act illustrate that Parliament has to at least some extent anticipated and provided for the concerns raised by the applicant:

47. (1) In any proceedings before the Court arising from an application under section 41, 42 or 44, the Court shall take every reasonable precaution, including, when appropriate, receiving representations *ex parte* and conducting hearings *in camera*, to avoid the disclosure by the Court or any person of

(a) any information or other material on the basis of which the head of a government institution would be authorized to refuse to disclose a part of a record requested under this Act; or

(b) any information as to whether a record exists where the head of a government institution, in refusing to disclose the record under this Act, does not indicate whether it exists.

52. (1) Any application under section 41 or 42 relating to a record or a part of a record that the head of a government institution has refused to disclose by reason of paragraph 13(1)(a) or (b) or section 15 shall be heard and determined by the Associate Chief Justice of the Federal Court or by such other judge of the Court as the Associate Chief Justice may designate to hear such applications.

(2) An application referred to in subsection (1) or an appeal brought in respect of such application shall

À l'ouverture de l'audience, le requérant s'est opposé à la production de documents confidentiels et de dépositions d'expert sous forme d'affidavits secrets par ce motif qu'il lui était impossible d'examiner le témoignage de l'expert et de vérifier son expertise par contre-interrogatoire. Le requérant fait aussi valoir qu'il n'y avait pas lieu à arguments hors sa présence puisqu'il connaissait déjà l'existence de certains des dossiers visés par sa demande, qu'il pouvait identifier plusieurs dossiers par leur nom, et qu'il était à même de rétablir l'identité d'agents ainsi que des noms de code et autres, cachés dans un grand nombre de dossiers. Il soutient aussi que ces renseignements pouvaient être glanés dans d'autres documents divulgués et qu'en tous les cas, ils étaient publiquement disponibles.

À la lumière cependant des dispositions expresses de la Loi qui prévoient l'audition à huis clos des recours en révision et vu la réserve qui est expressément prévue pour protéger les documents confidentiels, la seule procédure applicable en l'espèce est celle qu'a proposée l'avocate des intimés. Les dispositions suivantes de la Loi montrent bien que le législateur a, dans une certaine mesure tout au moins, prévu les problèmes que soulève le requérant:

47. (1) À l'occasion des procédures relatives aux recours prévus aux articles 41, 42 et 44, la Cour prend toutes les précautions possibles, notamment, si c'est indiqué, par la tenue d'audiences à huis clos et l'audition d'arguments en l'absence d'une partie, pour éviter que ne soient divulgués de par son propre fait ou celui de quiconque:

a) des renseignements qui, par leur nature, justifient, en vertu de la présente loi, un refus de communication totale ou partielle d'un document;

b) des renseignements faisant état de l'existence d'un document que le responsable d'une institution fédérale a refusé de communiquer sans indiquer s'il existait ou non.

52. (1) Les recours visés aux articles 41 ou 42 et portant sur les cas où le refus de donner communication totale ou partielle du document en litige s'appuyait sur les alinéas 13(1)a) ou b) ou sur l'article 15 sont exercés devant le juge en chef adjoint de la Cour fédérale ou tout autre juge de cette Cour qu'il charge de leur audition.

(2) Les recours visés au paragraphe (1) font, en premier ressort ou en appel, l'objet d'une audition à huis clos; celle-ci a lieu dans la région de la capitale nationale définie à l'annexe

(a) be heard *in camera*; and

(b) on the request of the head of the government institution concerned, be heard and determined in the National Capital Region described in the schedule to the *National Capital Act*. a

(3) During the hearing of an application referred to in subsection (1) or an appeal brought in respect of such an application, the head of the government institution concerned shall, on the request of the head of the institution, be given the opportunity to make representations *ex parte*. b

In *Maislin Industries Limited v. Minister for Industry, Trade and Commerce*, [1984] 1 F.C. 939 (T.D.), Jerome A.C.J. considered [at page 942] several procedural questions arising under the Act including the questions of whether an *in camera* hearing should be held and whether cross-examination on filed affidavits should be allowed: c

On the subject of closed hearings, proceedings in our courts must take place in full public view and in the presence of all parties. Exceptions to this principle occur from time to time, but must be kept to the minimum of absolute necessity. Even then directions should be such as to safeguard the public interest in the administration of justice, and the rights of any parties not permitted to participate. In applications under these access to information statutes, the issue is confidentiality, and obviously to conduct them in public view pre-empts the final decision. For the present, therefore, there does not seem to be any alternative but to restrict attendance to counsel for the parties. d

A similar dilemma arises with the question of access to the disputed documents by counsel . . . Obviously, counsel cannot be expected to argue intelligently on the nature of a document he has not seen, yet to provide unrestricted access could pre-terminate the central issue. This determination will vary with the circumstances of each case, but here, having examined the full text of the report, I considered it appropriate to accept counsel's undertaking of non-disclosure, even to his client, and to allow him access to the disputed portion solely for the purpose of argument. Otherwise, it seemed necessary that it remain filed in a sealed envelope until final disposition of this motion. [Emphasis added.] e

Furthermore, I find support for this position in the jurisprudence dealing with proceedings under section 36.2 [now section 38] of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10 (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 4) where a Minister or the Crown in f

de la *Loi sur la capitale nationale* si le responsable de l'institution fédérale concernée le demande.

(3) Le responsable de l'institution fédérale concernée a, au cours des auditions, en première instance ou en appel et sur demande, le droit de présenter des arguments en l'absence d'une autre partie. b

Dans *Maislin Industries Limited c. Ministre de l'Industrie et du Commerce*, [1984] 1 C.F. 939 (1^{re} inst.), le juge en chef adjoint Jerome a examiné [à la page 942] plusieurs questions procédurales découlant de la Loi, dont celle de savoir s'il y avait lieu à audience à huis clos et s'il fallait autoriser un contre-interrogatoire au sujet d'affidavits déposés: c

En ce qui concerne les audiences à huis clos, les débats devant nos tribunaux doivent être publics et être tenus en présence de toutes les parties. Il peut y avoir à l'occasion des exceptions à ce principe, mais ces exceptions doivent se limiter aux cas de nécessité absolue. Même alors, les directives doivent permettre de sauvegarder l'intérêt qu'a le public dans l'administration de la justice et les droits de toutes les parties qui sont exclues du débat. Dans les demandes faites en vertu des lois sur l'accès à l'information, le litige porte sur le caractère confidentiel de certains renseignements, et il est évident qu'une audience publique dans ce cas rendrait inutile la décision finale. En conséquence, il semble qu'il n'y ait en l'espèce d'autre solution que de n'admettre à l'audience que les avocats des parties. d

Un dilemme semblable se pose quant à la question de savoir si un avocat . . . peut prendre connaissance des documents litigieux. Manifestement, on ne peut s'attendre à ce que l'avocat présente une argumentation efficace sur la nature d'un document qu'il n'a pas vu, mais lui permettre de l'examiner sans réserve équivaudrait à décider à l'avance la question en litige. Cette décision sera différente suivant les circonstances de chaque espèce, mais dans l'instance, après avoir examiné tout le texte du rapport, j'ai estimé opportun d'accepter l'engagement de l'avocat de ne pas en dévoiler le contenu, même à son client, et de lui permettre d'examiner la partie litigieuse uniquement aux fins du débat. Par ailleurs, il a semblé nécessaire de conserver le document dans une enveloppe cachetée jusqu'au jugement sur la requête. [Passage non souligné dans l'original.] e

Cette approche est encore renforcée par la jurisprudence relative à l'article 36.2 [actuellement l'article 38] de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10 (édicte par S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, art. 4), applicable aux cas où un ministre fédéral f

right of Canada has made an objection to disclosure on the basis that it would be injurious to international relations or national defence or security. In *Kevoork v. The Queen*, [1984] 2 F.C. 753 (T.D.), Addy J. considered *inter alia* an application for permission to cross-examine the Director of the Canadian Security Intelligence Service on an affidavit in support of a section 36.2 objection to disclosure by the respondent Minister on the basis of national security. The applicants were alleged Armenian terrorists charged with conspiring and attempting to murder a Turkish diplomat. During the preliminary inquiry they sought information regarding surveillance and security service profiles of informants. In Schedule "A" to his decision, Addy J. considered whether there exists any absolute right to cross-examination in such a case. He observed that the common law itself has never recognized any absolute right to cross-examine on affidavit evidence submitted in a proceeding and he commented [at pages 770-771]:

The present application is made pursuant to section 36.2 of the *Canada Evidence Act*. There is no provision in the Act nor are there any rules which provide for a right of cross-examination. The rules of natural justice as well as the requirements of a fair hearing do not include any absolute right to cross-examine on affidavits. See the case of *Armstrong v. The State of Wisconsin et al.*, [1973] F.C. 437 (C.A.) at pages 439 to 444, where Thurlow J., as he then was, dealt specifically and most comprehensively with that very matter and stated quite categorically that neither paragraph 1(a) nor 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C. 1970, Appendix III] changed the principle in any way. Leave to appeal to the Supreme Court of Canada from this decision was refused. Furthermore his statement of the law was approved and followed by the Supreme Court of Canada in the case of *Vardy v. Scott, et al.*, [1977] 1 S.C.R. 293. The question in that case was whether there was a right to cross-examine on a deposition taken for the purpose of deportation of the applicant. The Supreme Court of Canada held that no such right existed.

The same result was arrived at by the Ontario Court of Appeal, since the enactment of the Charter . . . See *Re United States of America and Smith* (1984), 44 O.R. (2d) 705 . . .

He determined that the question of whether cross-examination should be allowed was a matter of discretion for the judge. He then considered the objection to disclosure and, noting [at page 772] that "[i]t is difficult to exaggerate the importance of any ques-

s'oppose à la divulgation par ce motif qu'elle porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou la sécurité nationales. Dans *Kevoork c. La Reine*, [1984] 2 C.F. 753 (1^{re} inst.), le juge Addy inscrivait entre autres une demande d'autorisation de contre-interroger le directeur du Service canadien du renseignement de sécurité sur l'affidavit que celui-ci avait déposé à l'appui de l'opposition fondée par le ministre intimé sur l'article 36.2 pour refuser la divulgation pour cause de sécurité nationale. Les requérants étaient des supposés terroristes arméniens, accusés d'avoir comploté le meurtre d'un diplomate turc. Au cours de l'enquête préliminaire, ils cherchaient à se faire communiquer le profil d'agent de surveillance et de sécurité des dénonciateurs. Dans l'annexe «A» de sa décision, le juge Addy a examiné la question de savoir s'il existe un droit absolu au contre-interrogatoire dans les affaires de ce genre. Faisant observer que la common law n'a jamais reconnu elle-même de droit absolu au contre-interrogatoire de l'auteur d'un témoignage produit par affidavit dans une instance, il a tiré cette conclusion [aux pages 770 et 771]:

La présente demande est fondée sur l'article 36.2 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Aucune disposition de cette Loi ni aucune règle ne créent un droit au contre-interrogatoire. Ni les règles de justice naturelle ni les exigences relatives à une audition impartiale ne comportent de droit absolu au contre-interrogatoire de l'auteur d'un affidavit. Voir l'affaire *Armstrong c. L'État du Wisconsin et autre*, [1973] C.F. 437 (C.A.), aux pages 439 à 444, où le juge Thurlow, maintenant juge en chef, traite précisément et fort exhaustivement de ce sujet même, affirmant catégoriquement que ni l'alinéa 1a) ni l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* [S.R.C. 1970, Appendice III] n'ont modifié le principe. L'autorisation de se pourvoir de cette décision en Cour suprême du Canada a été refusée. De plus, l'exposé du juge Thurlow sur le droit fut approuvé et suivi par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Vardy c. Scott et autres*, [1977] 1 R.C.S. 293. La question dans cette affaire était de savoir s'il existait un droit de contre-interroger dans le cadre d'une déposition recueillie pour fin d'expulsion du requérant. La Cour suprême du Canada a statué qu'aucun droit de ce genre n'existait.

La Cour d'appel de l'Ontario est arrivée au même résultat depuis l'adoption de la Charte des droits Voir . . . *Re United States of America and Smith* (1984), 44 O.R. (2d) 705 . . .

Le juge Addy conclut qu'il appartient au juge, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, de décider s'il y a lieu à contre-interrogatoire ou non. Notant [à la page 772] à propos de l'opposition à la divulgation, qu'«[il] est difficile d'exagérer l'import-

tion pertaining to national security”, he discussed the difficulties that arise therefrom [at pages 772-773]:

What might appear to the uninitiated, untrained layman to be a rather innocent and revealing piece of information might very well, to a trained adversary or a rival intelligence service, prove to be extremely vital when viewed in the light of many other apparently unrelated pieces of information. Because of this and by reason of the extreme sensitivity surrounding security matters it would be a very risky task indeed for a judge to decide whether a certain question should or should not be answered on cross-examination. Furthermore the person being cross-examined might be put in the difficult position of in fact revealing the answer by objecting to disclosure. Finally it is easy to foresee that many of the questions in cross-examination would be objected to in the same manner as the original questions which form the basis of the present application. This would inevitably lead to further inquiries and further applications, thus prolonging the matter indefinitely, creating a real danger of an eventual breach of security.

He, therefore, concluded [at page 773] that “in an application of this nature, unless very weighty and exceptional circumstances are established, no cross-examination should be allowed.”

Here, the right to cross-examine has not been provided for in the Act. In fact, Parliament has specifically directed the Court to take precautions against disclosure in this type of review application. I find that the “difficulties” noted above by Addy J. are just as relevant to the matter before me and I do not consider that “weighty and exceptional circumstances” exist in these circumstances to warrant cross-examination by the applicant on the affidavits submitted in this proceeding. Finally, if according to subsection 52(3), the head of the government institution may make representations *ex parte*, then clearly there can be no right to cross-examine on these representations.

ISSUE NO. 3: Were the records or portions thereof properly exempted pursuant to sections 13, 15 and 19 of the Access to Information Act?

Before considering the respective arguments of the parties and before embarking upon a review of each page of the records at issue, it would be appropriate

tance de toute question portant sur la sécurité nationale», il a analysé les difficultés qui se posent en la matière [aux pages 772 et 773]:

Ce qui peut paraître au non-initié, au profane qui n'a pas la formation requise, une information d'apparence inoffensive et anodine pourrait fort bien s'avérer pour un adversaire entraîné ou quelque service de renseignement rival extrêmement utile une fois rapproché d'un ensemble d'autres renseignements apparemment sans rapport. Vu cela et en raison de l'extrême délicatesse de toute question touchant à la sécurité, ce serait une tâche fort aventureuse pour un juge de décider si certaines questions doivent ou ne doivent pas recevoir une réponse au cours d'un contre-interrogatoire. De plus, le contre-interrogé pourrait fort bien être placé dans une position des plus désagréables de fournir une réponse par sa simple opposition à la question. Enfin, il est facile de prévoir qu'on s'opposera à bien des questions du contre-interrogatoire de la même manière qu'on s'oppose aux questions initiales qui servent de fondement à la présente demande. Cela conduira inévitablement à d'autres enquêtes et d'autres demandes et n'aura pas de fin, et le danger de porter atteinte à la sécurité en sera d'autant plus réel.

Il conclut en conséquence [à la page 773] qu'«à l'occasion d'une demande de cette nature, sauf peut-être en cas de circonstances exceptionnelles démontrées, dont le poids ferait pencher la balance, aucun contre-interrogatoire ne saurait être autorisé».

En l'espèce, la Loi ne prévoit nullement le droit de contre-interroger. En fait, le législateur impose expressément à la Cour l'obligation de prendre toutes les précautions pour prévenir la divulgation dans les recours en révision de ce genre. Je conclus que les «difficultés» relevées ci-dessus par le juge Addy existent tout aussi bien en l'espèce, laquelle n'est pas caractérisée par des «circonstances exceptionnelles» qui justifieraient un contre-interrogatoire par le requérant au sujet des affidavits versés au dossier. Enfin, si selon le paragraphe 52(3), le responsable de l'institution fédérale a le droit de présenter des arguments hors la présence de l'autre partie, il est évident qu'il ne saurait y avoir droit au contre-interrogatoire au sujet de ces arguments.

POINT N^o 3: Les dossiers ou certains de leurs éléments étaient-ils exemptés à bon droit en application des articles 13, 15 et 19 de la Loi sur l'accès à l'information?

Avant d'en venir aux arguments respectifs des parties et d'examiner chaque page des dossiers en cause, il convient de considérer les dispositions applicables

to consider the relevant provisions of the *Access to Information Act* and the criteria established by Parliament to determine whether a particular document or portion thereof is to be exempted under the Act. Section 2 sets out the purpose of the Act, sections 13, 15 and 19 are the exemption provisions which are subject to review in this application, section 48 establishes the burden of proof on an application under section 41, and sections 49 and 50 outline the standard of review by the Court with respect to the sections 13 and 19 and the section 15 exemptions, respectively:

2. (1) The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada to provide a right of access to information in records under the control of a government institution in accordance with the principles that government information should be available to the public, that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific and that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government.

(2) This Act is intended to complement and not replace existing procedures for access to government information and is not intended to limit in any way access to the type of government information that is normally available to the general public.

13. (1) Subject to subsection (2), the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains information that was obtained in confidence from

- (a) the government of a foreign state or an institution thereof;
- (b) an international organization or states or an institution thereof;
- (c) the government of a province or an institution thereof; or
- (d) a municipal or regional government established by or pursuant to an Act of the legislature of a province or an institution of such a government.

(2) The head of a government institution may disclose any record requested under this Act that contains information described in subsection (1) if the government organization or institution from which the information was obtained

- (a) consents to the disclosure; or
- (b) makes the information public.

15. (1) The head of a government institution may refuse to disclose any record requested under this Act that contains information the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the conduct of international affairs, the defence of Canada or any state allied or associated with

de la *Loi sur l'accès à l'information* et les critères fixés par le législateur pour décider si un document donné doit être totalement ou partiellement exempté en application de la Loi. L'article 2 présente l'objet de la Loi; les articles 13, 15 et 19 prévoient les exemptions en cause en l'espèce; l'article 48 assigne la charge de la preuve en cas de recours en révision fondé sur l'article 41; les articles 49 et 50 définissent les modalités de révision à observer par la Cour à l'égard des exemptions fondées sur les articles 13, 15 et 19, respectivement comme suit:

2. (1) La présente loi a pour objet d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale en consacrant le principe du droit du public à leur communication, les exceptions indispensables à ce droit étant précises et limitées et les décisions quant à la communication étant susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif.

(2) La présente loi vise à compléter les modalités d'accès aux documents de l'administration fédérale; elle ne vise pas à restreindre l'accès aux renseignements que les institutions fédérales mettent normalement à la disposition du grand public.

13. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents contenant des renseignements obtenus à titre confidentiel:

- a) des gouvernements des États étrangers ou de leurs organismes;
- b) des organisations internationales d'États ou de leurs organismes;
- c) des gouvernements des provinces ou de leurs organismes;
- d) des administrations municipales ou régionales constituées en vertu de lois provinciales ou de leurs organismes.

(2) Le responsable d'une institution fédérale peut donner communication de documents contenant des renseignements visés au paragraphe (1) si le gouvernement, l'organisation, l'administration ou l'organisme qui les a fournis:

- a) consent à la communication;
- b) rend les renseignements publics.

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

Canada or the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities, including, without restricting the generality of the foregoing, any such information

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

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

- (i) for the conduct of international affairs,
- (ii) for the defence of Canada or any state allied or associated with Canada, or
- (iii) in relation to the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities.

(2) In this section,

“subversive or hostile activities” means

(a) espionage against Canada or any state allied or associated with Canada,

(e) activities directed towards gathering information used for intelligence purposes that relates to Canada or any state allied or associated with Canada, and

19. (1) Subject to subsection (2), the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains personal information as defined in section 3 of the *Privacy Act*.¹

¹ The definition of “personal information” found in section 3 of the *Privacy Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Schedule II [now R.S.C. 1985, c. P-21] is reproduced in full below:

3. ...

“personal information” means information about an identifiable individual that is recorded in any form including, without restricting the generality of the foregoing,

- (a) information relating to the race, national or ethnic origin, colour, religion, age or marital status of the individual,
- (b) information relating to the education or the medical, criminal or employment history of the individual or information relating to financial transactions in which the individual has been involved,
- (c) any identifying number, symbol or other particular assigned to the individual,
- (d) the address, fingerprints or blood type of the individual,

(Continued on next page)

détection, à la prévention ou à la répression d'activités hostiles ou subversives, notamment:

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

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

- (i) la conduite des affaires internationales,
- (ii) la défense du Canada ou d'États alliés ou associés avec le Canada,
- (iii) la détection, la prévention ou la répression d'activités hostiles ou subversives.

(2) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

«activités hostiles ou subversives» s'entend:

a) de l'espionnage dirigé contre le Canada ou des États alliés ou associés avec le Canada;

e) les activités visant à recueillir des éléments d'information aux fins du renseignement relatif au Canada ou aux États qui sont alliés ou associés avec lui;

19. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents contenant les renseignements personnels visés à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.¹

¹ Ci-dessous la définition de «renseignements personnels» figurant à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, annexe II [actuellement L.R.C. (1985), chap. P-21]:

3. ...

«renseignements personnels» Les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, notamment:

- a) les renseignements relatifs à sa race, à son origine nationale ou ethnique, à sa couleur, à sa religion, à son âge ou à sa situation de famille;
- b) les renseignements relatifs à son éducation, à son dossier médical, à son casier judiciaire, à ses antécédents professionnels ou à des opérations financières auxquelles il a participé;
- c) tout numéro ou symbole, ou toute autre indication identificatrice, qui lui est propre;
- d) son adresse, ses empreintes digitales ou son groupe sanguin;

(Suite à la page suivante)

(2) The head of a government institution may disclose any record requested under this Act that contains personal information if

- (a) the individual to whom it relates consents to the disclosure;
- (b) the information is publicly available; or
- (c) the disclosure is in accordance with section 8 of the *Privacy Act*.

(Continued from previous page)

(e) the personal opinions or view of the individual except where they are about another individual or about a proposal for a grant, an award or a prize to be made to another individual by a government institution or a part of a government institution specified in the regulations,

(f) correspondence sent to a government institution by the individual that is implicitly or explicitly of a private or confidential nature, and replies to such correspondence that would reveal the contents of the original correspondence,

(g) the view or opinions of another individual about the individual,

(h) the views or opinions of another individual about a proposal for a grant, an award or a prize to be made to the individual by an institution or a part of an institution referred to in paragraph (e), but excluding the name of the other individual where it appears with the views or opinions of the other individual, and

(i) the name of the individual where it appears with other personal information relating to the individual or where the disclosure of the name itself, would reveal information about the individual,

but, for the purposes of sections 7, 8 and 26 and section 19 of the *Access to Information Act*, does not include

(j) information about an individual who is or was an officer or employee of a government institution that relates to the position or functions of the individual including,

(i) the fact that the individual is or was an officer or employee of the government institution,

(ii) the title, business address and telephone number of the individual,

(iii) the classification, salary range and responsibilities of the position held by the individual,

(iv) the name of the individual on a document prepared by the individual in the course of employment, and

(v) the personal opinions or views of the individual given in the course of employment,

(k) information about an individual who is or was performing services under contract for a government institution that relates to the services performed, including the terms

(Continued on next page)

(2) Le responsable d'une institution fédérale peut donner communication de documents contenant des renseignements personnels dans les cas où:

a) l'individu qu'ils concernent y consent;

b) le public y a accès;

c) la communication est conforme à l'article 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

(Suite de la page précédente)

e) ses opinions ou ses idées personnelles, à l'exclusion de celles qui portent sur un autre individu ou sur une proposition de subvention, de récompense ou de prix à octroyer à un autre individu par une institution fédérale, ou subdivision de celle-ci visée par règlement;

f) toute correspondance de nature, implicitement ou explicitement, privée ou confidentielle envoyée par lui à une institution, ainsi que les réponses de l'institution dans la mesure où elles révèlent le contenu de la correspondance de l'expéditeur;

g) les idées ou opinions d'autrui sur lui;

h) les idées ou opinions d'un autre individu qui portent sur une proposition de subvention, de récompense ou de prix à lui octroyer par une institution, ou subdivision de celle-ci, visée à l'alinéa e), à l'exclusion de cet autre individu si ce nom est mentionné avec les idées ou opinions;

i) son nom lorsque celui-ci est mentionné avec d'autres renseignements personnels le concernant ou lorsque la seule divulgation du nom révélerait des renseignements à son sujet;

étant entendu que, pour l'application des articles 7, 8 et 26, et de l'article 19 de la *Loi sur l'accès à l'information*, les renseignements personnels ne comprennent pas les renseignements concernant:

j) un cadre ou employé, actuel ou ancien, d'une institution fédérale et portant sur son poste ou ses fonctions, notamment:

(i) le fait même qu'il est ou a été employé par l'institution,

(ii) son titre et les adresse et numéro de téléphone de son lieu de travail,

(iii) la classification, l'éventail des salaires et les attributions de son poste,

(iv) son nom lorsque celui-ci figure sur un document qu'il a établi au cours de son emploi,

(v) les idées et opinions personnelles qu'il a exprimées au cours de son emploi;

k) un individu qui a conclu un contrat de prestation de services avec une institution fédérale et portant sur la nature de la prestation, notamment les conditions du con-

(Suite à la page suivante)

48. In any proceeding before the Court arising from an application under section 41 or 42, the burden of establishing that the head of a government institution is authorized to refuse to disclose a record requested under this Act or a part thereof shall be on the government institution concerned.

49. Where the head of a government institution refuses to disclose a record requested under this Act or a part thereof on the basis of a provision of this Act not referred to in subsection 50, the Court shall, if it determines that the head of the institution is not authorized to refuse to disclose the record or part thereof, order the head of the institution to disclose the record or part thereof, subject to such conditions as the Court deems appropriate, to the person who requested access to the record, or shall make such order as the Court deems appropriate.

50. Where the head of a government institution refuses to disclose a record requested under this Act or a part thereof on the basis of section 14 or 15 or paragraph 16(1)(c) or (d) or 18(d), the Court shall, if it determines that the head of the institution did not have reasonable grounds on which to refuse to disclose the record or part thereof, order the head or the institution to disclose the record or part thereof, subject to such conditions as the Court deems appropriate, to the person who requested access to the record, or shall make such other order as the Court deems appropriate. [Emphasis added.]

In accordance with section 48 of the Act, the burden of demonstrating that records are subject to exemption is on the government institution. Sections 13 and 19 may be called "class exemptions" and section 15, an "injury exemption". The Court must apply two different standards of review depending on the exemption provision at issue. The information exempted under sections 13 and 19 is reviewable pursuant to section 49 of the Act which provides that the Court shall order the disclosure of the record or make such other appropriate order, if it determines that the head of the institution is not authorized to refuse to disclose the record or part thereof. The information exempted under section 15, on the other hand, is reviewable pursuant to section 50 which provides that the Court shall order disclosure subject to appropriate conditions or shall make such other appropriate order

(Continued from previous page)

of the contract, the name of the individual and the opinions or views of the individual given in the course of the performance of such services,

(l) information relating to any discretionary benefit of a financial nature, including the granting of a licence or permit, conferred on an individual, including the name of the individual and the exact nature of the benefit, and

(m) information about an individual who has been dead for more than twenty years.

48. Dans les procédures découlant des recours prévus aux articles 41 ou 42, la charge d'établir le bien-fondé du refus de communication totale ou partielle d'un document incombe à l'institution fédérale concernée.

^a 49. La Cour, dans les cas où elle conclut au bon droit de la personne qui a exercé un recours en révision d'une décision de refus de communication totale ou partielle d'un document fondée sur des dispositions de la présente loi autres que celles mentionnées à l'article 50, ordonne, aux conditions qu'elle juge indiquées, au responsable de l'institution fédérale dont relève le document en litige d'en donner à cette personne communication totale ou partielle; la Cour rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué.

^b 50. Dans les cas où le refus de communication totale ou partielle du document s'appuyait sur les articles 14 ou 15 ou sur les alinéas 16(1)c) ou d) ou 18d), la Cour, si elle conclut que le refus n'était pas fondé sur des motifs raisonnables, ordonne, aux conditions qu'elle juge indiquées, au responsable de l'institution fédérale dont relève le document en litige d'en donner communication totale ou partielle à la personne qui avait fait la demande; la Cour rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué. [Passages non soulignés dans l'original.]

^c Selon l'article 48 de la Loi, c'est au responsable de l'institution fédérale qu'il incombe de prouver que les dossiers demandés sont exemptés. On pourrait qualifier les exemptions prévues aux articles 13 et 19 d'«exemptions par catégorie», et à l'article 15, d'«exemptions pour préjudice». La Cour doit appliquer deux normes de révision différentes selon la disposition d'exemption en jeu. Les renseignements exemptés par application des articles 13 et 19 sont soumis au recours visé à l'article 49 de la Loi, lequel prévoit que la Cour ordonne la communication totale ou partielle du dossier en cause ou rend toute autre ordonnance qu'elle juge indiquée, si elle conclut au bon droit de la personne qui a exercé le recours en révision. Par contre, les renseignements exemptés par application de l'article 15 sont soumis au recours visé à l'article 50, lequel prévoit que la Cour ordonne, aux

(Suite de la page précédente)

^d trat, le nom de l'individu ainsi que les idées et opinions personnelles qu'il a exprimées au cours de la prestation;

^e l) des avantages financiers facultatifs, notamment la délivrance d'un permis ou d'une licence accordés à un individu, y compris le nom de celui-ci et la nature précise de ces avantages;

^f m) un individu décédé depuis plus de vingt ans.

if it determines that the head of the institution did not have reasonable grounds on which to refuse to disclose the record or part thereof.

Applicant's submissions

The applicant submits that many of the exempted records and severed portions of documents could have been disclosed as they did not fit within the exemption provisions of the Act. He questions whether a serious review was conducted and whether the appropriate consultations had been made to determine if the foreign states were willing to have the material disclosed. He suggests that the respondents have simply consulted with their counterpart agencies in Britain and the United States and that they have not consulted with the originating agencies of the records that had been received in confidence. He feels that only a cursory review of more than twenty codes and more than 700 pages of records could have been made during the three-day consultation with the National Security Agency in February, 1985.

The applicant submits that the records at issue and the severed portions thereof were not received in confidence or that they are no longer confidential. He suggests that an indiscriminate exemption has been applied to all codes of the belligerent nations during a time when neither British nor American intelligence services were providing Canada with confidential information on these codes and he submits that codes utilized by belligerent governments do not constitute "information received in confidence". Furthermore, with the dissolution of the belligerent governments at the conclusion of hostilities in 1945 and the fact that some of these codes have been disclosed to the public by the United States Federal Bureau of Investigation and State Department, the applicant states that any expectation of injury has been considerably reduced.

The applicant suggests that security and intelligence records should not be indefinitely withheld from disclosure particularly when other government records stored in the National Archives are only withheld for a period of up to 30 years. He submits

conditions qu'elle juge indiquées, la communication totale ou partielle du document ou rend toute autre ordonnance qu'elle estime indiquée, si elle conclut que le refus n'était pas fondé sur des motifs raisonnables.

L'argumentation du requérant

Le requérant soutient qu'un grand nombre des dossiers exemptés et des éléments occultés auraient pu être divulgués puisqu'ils ne tombent pas dans le champ d'application des dispositions d'exemption de la Loi. Il doute qu'un examen sérieux ait eu lieu et que des gouvernements d'États étrangers aient été vraiment consultés pour voir s'ils consentent à la divulgation de ces dossiers. Il suppose que les intimés se sont contentés de consulter les services de leurs homologues en Grande-Bretagne et aux États-Unis, et non pas les organismes dont émanaient les dossiers qui avaient été reçus à titre confidentiel. Il estime que les intéressés ont pu tout au plus passer rapidement en revue plus de vingt codes et plus de 700 pages de documents durant les trois journées que durait la consultation de la National Security Agency en février 1985.

Le requérant soutient que les dossiers dont s'agit ainsi que leurs éléments occultés ou bien n'étaient pas reçus à titre confidentiel ou bien ont perdu leur caractère confidentiel. Il suppose qu'une exemption générale a été appliquée à tous les codes des nations belligérantes de cette époque où ni les services de renseignements britanniques ni les services américains ne mettaient à la disposition du Canada des informations confidentielles sur ces codes, et fait valoir que les codes utilisés par les gouvernements des pays belligérants ne constituaient pas des «renseignements obtenus à titre confidentiel». Qui plus est, les gouvernements belligérants ayant été dissous à la fin des hostilités en 1945 et étant donné que certains de ces codes ont été rendus publics par le Bureau fédéral d'enquête et le Département d'État des États-Unis, le requérant fait valoir que tout risque de préjudice a été considérablement réduit.

Le requérant soutient que les dossiers de sécurité et de renseignement ne doivent pas être indéfiniment soustraits à la divulgation, d'autant plus que d'autres dossiers gouvernementaux gardés aux Archives nationales ne sont tenus confidentiels que pendant 30

that other historians have in the past been granted access to records on a discretionary basis and that since he, too, is an historian, the same form of access should be extended to him. The applicant notes that Yardley died more than 35 years ago and he states that the decision to replace Yardley as director of the Examination Unit was the result of a hostile attitude and vindictive attack against his character and cryptographic abilities by agents of the British and American security organizations. He suggests that, with the passage of time and the death of Yardley and these agents, there is no longer a reasonable expectation of injury to "national defence" or "international relations". As well, according to the applicant, interests would be better served if the historical realities and the truth concerning Yardley's reputation and professional abilities were revealed.

Finally, in his affidavit dated December 13, 1984 the applicant submits that the exemptions claimed should be "specific" and not a mere "generality". Accordingly, the specific sub-paragraphs of section 15 that have been relied upon should have been indicated. He also suggests, at paragraph 8 of his affidavit, that a section 15 exemption can only occur when all of the sub-paragraphs apply to all of the records as a whole.

Respondents' submissions

Counsel for the respondents states that it is self-evident that information obtained from allies with respect to military intelligence is exchanged in confidence, especially during times of war. She submits that the supplementary secret affidavits of Ronald Browne and Patrick Griffith, DND Director General of Signals Intelligence, Communications and Security Establishment, filed in accordance with sections 47 and 52, address the nature of the information at issue and the confidential relationship in question. The supplementary secret affidavit of Cleve Francis Wilfred Hooper, a former Special Adviser in the Security Services Bureau of External Affairs, details why it is important to maintain this confidential relationship and to respect the request of a foreign gov-

ans au maximum. Il fait valoir que par le passé, d'autres historiens se sont vu communiquer des dossiers sur une base discrétionnaire et que lui-même étant aussi historien, le même accès devrait lui être accordé. Le requérant fait observer que Yardley est mort il y a plus de 35 ans, et que la décision de remplacer ce dernier à la tête du Service de décryptage était causée par l'attitude hostile des agents des services de renseignements britanniques et américains, et par leurs attaques rancunières contre sa compétence professionnelle de cryptologue. Il estime qu'avec le passage du temps et après la mort de Yardley et de ces agents, il n'y a plus aucun risque vraisemblable de préjudice pour la «défense nationale» ou la «conduite des affaires internationales». Par ailleurs, toujours selon le requérant, il serait conforme à l'intérêt de tout le monde de rendre publiques les réalités historiques et la vérité sur la réputation et la compétence professionnelle de Yardley.

Enfin, dans son affidavit en date du 13 décembre 1984, le requérant soutient que les exemptions revendiquées devraient être «spécifiques» et non pas «générales» et qu'en conséquence, les intimés auraient dû indiquer sur quels alinéas exactement de l'article 15 ils se sont fondés. Il fait également valoir, au paragraphe 8 de ce même affidavit, qu'il n'y a exemption en vertu de l'article 15 que si tous les alinéas de cet article s'appliquent à tous les dossiers pris dans leur ensemble.

L'argumentation des intimés

L'avocate des intimés soutient qu'il ressort à l'évidence que les échanges de renseignements militaires secrets entre alliés se font à titre confidentiel, en particulier en temps de guerre. Elle fait valoir que les affidavits secrets complémentaires de Ronald Browne et de Patrick Griffith, directeur général, Production SigInt, Centre de la sécurité des télécommunications, MDN, déposés conformément aux articles 47 et 52, donnent les explications sur la nature des renseignements en cause et sur ces relations confidentielles. L'affidavit secret complémentaire de Cleve Francis Wilfred Hooper, ancien conseiller spécial à la Direction des services de sécurité du ministère des Affaires extérieures, explique en détail pourquoi il est important de préserver ces relations confidentielles et de

ernment or government agency that information provided by it be maintained in confidence.

Counsel observes that a government institution is obliged to refuse to disclose personal information about individuals unless one of the exemptions in subsection 19(2) applies and she states that, to the best of the knowledge and information of those charged with the processing of this request, none of the exceptions apply to the personal information which has been exempted.

With respect to the section 15 exemptions, counsel states that the supplementary affidavit of Mr. Browne reviews the information and provides a detailed index of the application of section 15 and the reasons for that application to each piece of information exempted from disclosure. In addition, the supplementary affidavits of Mr. Griffith and Mr. Hooper review the reasons for the application of section 15 and discuss those reasons with specific reference to the information in question. Counsel submits that the application of the provisions of section 15 requires an intimate and extensive knowledge of the "larger picture" in which the information was originally collected or that exists today. The reasons for the view that the release of information might reasonably be expected to result in the injury contemplated by section 15 are not always readily apparent to the layman and she suggests that Mr. Hooper and Mr. Griffith are individuals with extensive experience and expertise in the areas of international relations and intelligence and security and that their views ought to prevail over those of the applicant who is not a recognized expert in the area.

ANALYSIS

For ease of reference, the 788 pages of documents were numbered consecutively and for each page number, the exemption provision(s) was provided. As a preliminary matter, it is evident from paragraphs 8 and 11 of the affidavit of Ms. Maruschak that in many instances more than one exemption has been claimed with respect to the severance of information contained in a record or part thereof. It would appear that when either or both of sections 13 and 19 are invoked and the Court is satisfied that they indeed

respecter la demande faite par un gouvernement ou organisme gouvernemental étranger, que les renseignements qu'il fournit soient gardés confidentiels.

L'avocate des intimés fait remarquer que l'institution fédérale sollicitée est tenue de refuser de communiquer les renseignements personnels concernant des individus à moins qu'on ne soit en présence de l'une des exceptions prévues au paragraphe 19(2), et qu'autant que sachent ceux qui étaient chargés d'instruire la demande de communication en l'espèce, aucune de ces exceptions ne s'applique aux renseignements personnels exemptés.

En ce qui concerne les exemptions prévues à l'article 15, elle fait savoir que l'affidavit complémentaire de M. Browne passe en revue les renseignements en cause et présente l'index détaillé de l'application de l'article 15 ainsi que les motifs d'application à chaque renseignement exempté de divulgation. En outre, les affidavits complémentaires de M. Griffith et M. Hooper passent en revue les motifs d'application de l'article 15 et les analysent au regard de chaque renseignement en cause. L'avocate des intimés soutient que l'application des exemptions de l'article 15 requiert une connaissance approfondie du «contexte général» dans lequel les renseignements ont été obtenus à l'origine ou existent à l'heure actuelle. Les raisons qui président à la conviction que leur divulgation causerait vraisemblablement le préjudice visé à l'article 15 ne sont pas toujours évidentes aux yeux du profane, et elle rappelle que vu la grande expérience et la grande expertise de MM. Hooper et Griffith en matière de relations internationales, de renseignement et de sécurité, leurs vues devraient l'emporter sur celles du requérant qui n'est pas un expert reconnu dans ce domaine.

ANALYSE

Pour faciliter les renvois, les 788 pages de documents ont été numérotées de façon consécutive et pour chaque numéro de page, il y a indication de la ou des dispositions portant exemption. Il faut noter en tout premier lieu qu'il ressort des paragraphes 8 et 11 de l'affidavit de Mme Maruschak que dans plusieurs cas, plus d'une exemption a été revendiquée à la fois au sujet de tel ou tel élément occulté. Il s'ensuit que si, à l'égard d'un élément donné du dossier, la Cour conclut que les deux articles 13 et 19 ou l'un

apply, it is not necessary to address the issue of a section 15 exemption if also raised with respect to the same severed information. However, if only section 15 is invoked, then the reasonableness of the head of the government institution's expectation of injury must be considered.

Section 13 Exemption

The nature of the confidential relationship between governments and the importance of this relationship in international affairs has been considered by the Australian Administrative Appeals Tribunal in *Re Throssell and Australian Archives* (1986), 10 ALD 403. In *Re Throssell* Davies J., President, reviewed a denial of the applicant's request for access to documents containing information relating to the applicant and his mother which had emanated from an overseas security organization. Paragraphs 33(1)(a) and (b) of the *Archives Act 1983* (Cth) had been invoked by the respondent to justify the denial:

33. (1) For the purposes of this Act, a Commonwealth record is an exempt record if it contains information or matter of any of the following kinds:

(a) information or matter the disclosure of which under this Act could reasonably be expected to cause damage to the security, defence or international relations of the Commonwealth;

(b) information or matter communicated in confidence by or on behalf of a foreign government an authority of a foreign government, or an international organization to the Government of the Commonwealth, to an authority of the Commonwealth or to a person receiving the communication on behalf of the Commonwealth or of an authority of the Commonwealth, being information or matter the disclosure of which under this Act would constitute a breach of that confidence. [Emphasis added.]

Upon examination of the documents at issue, Davies J. [at page 405] found that they contained information supplied in confidence by an overseas security organization the release of which, against the wishes of the originator, would be regarded by the originator as a breach of confidence. However, he held that for there to be an actual breach of confidence under paragraph 33(1)(b) there had to be a "continuing relationship of confidence" and he concluded that because the documents at issue were of historical interest only

d'entre eux ont été invoqués à bon droit, il n'est pas nécessaire d'examiner la question de l'exemption fondée sur l'article 15 si elle est également invoquée pour le même élément occulté. Au cas cependant où l'article 15 est la seule disposition invoquée, il faut examiner si la crainte de préjudice manifestée par le responsable de l'institution fédérale concernée est raisonnable.

b L'exemption de l'article 13

La nature des relations confidentielles entre gouvernements et leur importance dans les affaires internationales ont été examinées par le Tribunal des appels administratifs d'Australie dans *Re Throssell and Australian Archives* (1986), 10 ALD 403. Dans cette affaire, le juge Davies, président du tribunal, était saisi du recours en contrôle du rejet de la demande faite par le requérant de consulter des renseignements à son sujet et au sujet de sa mère, lesquels renseignements provenaient d'un service de renseignements étranger. L'intimée s'était fondée sur les alinéas 33(1)(a) et (b) de la loi *Archives Act 1983* (Cth) pour justifier le refus:

[TRADUCTION] 33. (1) Pour l'application de la présente loi, est exempté tout document du Commonwealth contenant:

a) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter atteinte à la sécurité, à la défense ou aux relations internationales du Commonwealth;

b) des renseignements communiqués à titre confidentiel directement ou indirectement par un gouvernement ou organisme gouvernemental étranger ou une organisation internationale, au gouvernement ou à une autorité du Commonwealth ou à une personne les représentant, renseignements dont la divulgation sous le régime de la présente loi constituerait une violation de cette confidentialité. [Passages non soulignés dans l'original.]

Après avoir examiné les documents en cause, le juge Davies constate [à la page 405] qu'ils contenaient des renseignements communiqués à titre confidentiel par un service de renseignements étranger et dont la divulgation contre la volonté de la source serait considérée par celle-ci comme une violation de la confidentialité. Il conclut cependant que pour qu'il y ait véritablement violation de confidentialité visée à l'alinéa 33(1)(b), il faut qu'il y ait des [TRADUCTION] «relations de confidentialité qui se poursuivent»; que

with no current confidentiality, paragraph 33(1)(b) did not apply. He did find, however, that the disclosure of documents communicated in confidence by an overseas security organization which had not consented to disclosure, could reasonably be expected to cause damage to Australia's international relationships under paragraph 33(1)(a). He referred to *Re Maher and Attorney-General's Department* (1985), 7 ALD 731 (Adm. App. Trib.) wherein he had dealt with the nature of damage under paragraph 33(1)(a) and found that "there must be cause and effect which can reasonably be anticipated" and he concluded [at pages 406-407]:

I there [*Re Maher*] referred to the need for co-operation between agencies of different governments, to the sensitive nature of the communications which must pass from the one to the other and to the relationships which develop therefrom. Security is a particularly sensitive area and particularly dependent for its effectiveness upon an adequate flow of information.

In the present case, the disclosure of the documents which were communicated in confidence from the overseas security organisation to the Australian security organization and to the release of which the overseas security organization has not consented is a matter which reasonably could be expected to cause damage to the relationships between the two security organizations and therefore to Australia's international relationships.

Here, unlike in *Re Throssell*, there is no discretion to read in a requirement that there be a continuing confidentiality about the material at issue. The head of a government institution must simply determine whether the information was obtained in confidence under subsection 13(1) and, if so, must refuse to disclose the record unless the exemptions apply. Exceptions are specifically provided in subsection 13(2) which, in essence, determine when the material is no longer "confidential" for the purposes of section 13. The mandatory nature of this exemption, therefore, is set aside only where the other government or organization consents to disclosure or has itself made the information public. As well, unlike paragraph

les documents en cause ne présentant qu'un intérêt historique, l'alinéa 33(1)(b) ne s'appliquait pas. Il décide cependant que la divulgation, sans le consentement de leur source, de documents communiqués à titre confidentiel, risquerait vraisemblablement de porter atteinte aux relations internationales de l'Australie, ce qui met en jeu l'alinéa 33(1)(a). Citant la décision *Re Maher and Attorney-General's Department* (1985), 7 ALD 731 (Adm. App. Trib.), par laquelle lui-même a conclu, au sujet du préjudice visé à l'alinéa 33(1)(a), qu'«il faut qu'il y ait un lien raisonnablement prévisible de cause à effet», il s'est prononcé en ces termes [aux pages 406 et 407]:

[TRADUCTION] Dans cette décision [*Re Maher*], j'ai évoqué la nécessité d'une coopération entre les organismes de différents gouvernements, la nature confidentielle des communications qui passent de l'un à l'autre et les rapports qui en découlent. La sécurité est un domaine particulièrement délicat et particulièrement tributaire, pour son efficacité, d'un débit satisfaisant de renseignements.

En l'espèce, la divulgation de documents communiqués à titre confidentiel au service de renseignements australien par un service de renseignements étranger risquerait vraisemblablement, si celui-ci ne consent pas à la divulgation, de porter atteinte aux relations entre les deux services et, partant, aux relations internationales de l'Australie.

À l'opposé de la cause *Re Throssell*, nous ne sommes en présence en l'espèce d'aucun pouvoir discrétionnaire d'interpréter la loi comme requérant des relations continues de confidentialité au sujet des documents en cause. Le responsable de l'institution fédérale concernée doit tout simplement décider si les renseignements dont s'agit ont été obtenus à titre confidentiel au sens du paragraphe 13(1) et, dans l'affirmative, il doit refuser de les divulguer à moins que les exceptions ne s'appliquent. Des exceptions sont expressément prévues au paragraphe 13(2), lequel, essentiellement, énumère les cas où les renseignements en cause ne sont plus «confidentiels» au sens de l'article 13. Ainsi, cette exemption ne perd son caractère obligatoire que si l'autre gouvernement ou organisme consent à la divulgation ou à lui-même rendu public le renseignement. De même, à l'opposé

20(1)(b) of the Act² which specifically provides for a consideration of whether the information has maintained its confidential nature, section 13 simply requires a consideration of whether the information at issue, when it was received, was confidential.

Section 19 Exemption

Personal information under section 19 is defined with reference to section 3 of the *Privacy Act*. In *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Secretary of State for External Affairs)*, [1990] 1 F.C. 395 (T.D.), Dubé J. discussed the schemes, objects and interrelationship between the *Privacy Act* and the *Access to Information Act*. He commented [at page 401]:

It is therefore appropriate at this stage to review section 2 of the *Access to Information Act* which outlines the purpose of the Act, namely to extend the present laws of Canada to provide a right of access to information in government records in accordance with the principles that government information should be available to the public and that necessary exceptions "should be limited and specific". The purpose of the *Privacy Act* is also outlined in its section 2, which provides that the purpose of the Act is to protect the privacy of individuals with respect to personal information about themselves held by government.

Reading both sections together, it is clear that the rule is to provide information to the public and the exception is personal information.

It appears clear to me that the object of the two acts, read together, is that information shall be provided to the public, except personal information relating to individuals.

With the above in mind, information must clearly fit within and not be exempted by the relevant paragraphs of section 3 of the *Privacy Act* or subsection 19(2) of the Act before it can be withheld. In

² 20. (1) Subject to this section, the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains

(b) financial, commercial, scientific or technical information that is confidential information supplied to a government institution by a third party, and is treated consistently in a confidential manner by the third party. [Emphasis added.]

de l'alinéa 20(1)(b) de la Loi² qui prévoit expressément la question de savoir si la source d'information considère toujours le renseignement comme confidentiel, l'article 13 ne prévoit que la question de savoir si, au moment où il fut obtenu, ce renseignement était confidentiel.

L'exemption de l'article 19

Les renseignements personnels visés à l'article 19 sont définis par référence à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Dans *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Secrétaire d'État aux Affaires extérieures)*, [1990] 1 C.F. 395 (1^{re} inst.), le juge Dubé, analysant l'esprit et l'objet de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et de la *Loi sur l'accès à l'information* ainsi que les rapports entre ces deux textes, a tiré la conclusion suivante [à la page 401]:

Il convient donc à ce stade-ci d'examiner l'article 2 de la *Loi sur l'accès à l'information* qui indique l'objet de la Loi, qui est d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale en consacrant le droit du public à leur communication, les exceptions indispensables à ce droit «étant précises et limitées». L'objet de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* est également défini dans son article 2 qui prévoit que la Loi a pour objet de protéger les renseignements personnels relevant des institutions fédérales.

Il ressort clairement de l'interprétation conjointe de ces deux articles que la règle est la communication des renseignements au public et l'exception vise les renseignements personnels.

Il me paraît évident que les deux lois interprétées de façon conjointe prévoient la communication des renseignements au public à l'exception des renseignements personnels concernant les individus.

Il s'ensuit que sont seuls exemptés les renseignements qui correspondent exactement aux catégories visées à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et au paragraphe 19(2) de la

² 20. (1) Le responsable d'une institution fédérale est tenu, sous réserve des autres dispositions du présent article, de refuser la communication de documents contenant:

b) des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques fournis à une institution fédérale par un tiers, qui sont de nature confidentielle et qui sont traités comme tels de façon constante par ce tiers. [Passage non souligné dans l'original.]

fact, subsection 19(1) provides that in such circumstances, it “shall” be withheld. The Act does not provide for a discretion to release information on the basis of how long ago it was obtained. It does not say that a document ought to be revealed after 30 years or if the applicant has a good reason for requesting the information. The fact that Yardley has been dead now for 35 years and the circumstances of his dismissal almost 50 years ago are simply not relevant to the question of whether personal information concerning individuals other than Yardley should be disclosed unless that individual has been dead for more than twenty years or has consented to the release of the information. I recognize the difficulty that may be presented in attempting to ascertain whether these exceptions apply. However, in my opinion, it would not be sufficient for the head of a government institution to simply state that they are unaware or that they do not know if the exceptions apply. Rather, they should be in a position to state what activities and initiatives were undertaken in this regard.

Section 15 Exemption

The applicant’s argument that the section 15 exemptions should have been more specific has no merit. In *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, [1990] 3 F.C. 22 (T.D.), Madam Justice Reed considered the content of the notice which must be given when a refusal to grant access to documents is issued. She found that although subsection 10(1) requires the Minister to state the specific provisions of the Act on which his refusal was based, he is not required to state the specific category of documents listed in the paragraphs. She observed [at pages 29-30]:

The test is one of injury, or probable injury. The descriptive paragraphs which follow are illustrative only. They are a non-exhaustive description of the kinds of documents the disclosure of which might be found to be injurious to the specific interests listed.

In my view, what is required, in the context of section 15, is that the requester be given notice as to whether the reason for refusal is because a disclosure would be (1) injurious to the

Loi sur l'accès à l'information, mais qui ne sont pas touchés par les exceptions prévues aux mêmes dispositions. En fait, le paragraphe 19(1) prévoit que dans ce cas, le responsable de l'institution fédérale sollicitée «est tenu» de refuser la communication. La Loi ne prévoit pas le pouvoir discrétionnaire de divulguer le renseignement en fonction du temps qui s'est écoulé depuis le moment où il fut obtenu à l'origine. Elle ne dit pas qu'il faut divulguer un document après 30 ans ou si le demandeur a une bonne raison d'en demander la communication. Le fait que Yardley soit mort depuis 35 ans et que les circonstances de son renvoi remontent à près de 50 ans ne présente absolument aucune importance pour ce qui est de savoir si des renseignements personnels concernant quelqu'un d'autre que Yardley devraient être divulgués, à moins que l'intéressé ne soit mort depuis plus de 20 ans ou n'ait consenti lui-même à cette divulgation. J'admets qu'il pourrait être difficile de vérifier si ces exceptions s'appliquent. Cependant, je ne pense pas qu'il suffise au responsable de l'institution fédérale concernée de se contenter de dire qu'il n'est pas au courant ou qu'il ne sait pas si les exceptions s'appliquent. Au contraire, il faut qu'il soit à même de dire quelles mesures ont été prises à cet égard.

L'exemption de l'article 15

L'argument du requérant selon lequel les exemptions invoquées en vertu de l'article 15 auraient dû être plus spécifiques n'a aucune valeur. Dans *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1990] 3 C.F. 22 (1^{re} inst.), Madame le juge Reed constate, au sujet du contenu de l'avis portant refus de communication, que si le paragraphe 10(1) fait au ministre obligation de citer la disposition expresse sur laquelle il fonde son refus, il n'est pas tenu de spécifier la catégorie de documents visée aux alinéas applicables. Elle s'est prononcée en ces termes [aux pages 29 et 30]:

Le critère applicable est celui du préjudice, ou du préjudice probable. Les alinéas descriptifs qui suivent ne forment que des exemples. Ils décrivent de façon non exhaustive les genres de documents dont la divulgation pourrait être considérée comme portant préjudice aux intérêts précis qui se trouvent énumérés.

À mon sens, ce qui est exigé, dans le contexte de l'article 15, c'est que le requérant reçoive un avis lui disant si le motif du refus est que la divulgation aurait pour effet de (1) porter préju-

conduct of international affairs, or (2) injurious to the defence of Canada or any state allied or associated with Canada, or (3) injurious to the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities.

The respondents rely on the decision of the United States Supreme Court in *Central Intelligence Agency v. Sims*, 471 U.S. 159 (1985); 85 L Ed 2d 173; 105 S Ct. 1881, to suggest that the Court here should defer to the expertise of the deponents of the secret affidavits. In that case, the Central Intelligence Agency (the "CIA") withheld the names of MKULTRA researchers on the basis of §102(d)(3) of the *National Security Act of 1947*, 61 Stat. 498, 50 USC §403(d)(3) [50 USCS §403(d)(3) (1982)] which provides that "the Director of Central Intelligence shall be responsible for protecting intelligence sources and methods from unauthorized disclosure." The Supreme Court reversed the lower courts' decision that the information was subject to disclosure if the Agency did not offer sufficient proof that it needed to cloak its efforts in confidentiality in order to obtain the type of information provided by the researcher. Chief Justice Burger, delivering the majority concurring opinion, stated [at page 187 L Ed 2d]:

The Court of Appeals underestimated the importance of providing intelligence sources with an assurance of confidentiality that is as absolute as possible. Under the court's approach, the Agency would be forced to disclose a source whenever a court determines, after the fact, that the Agency could have obtained the kind of information supplied without promising confidentiality. This forced disclosure of the identities of its intelligence sources could well have a devastating impact on the Agency's ability to carry out its mission.

He considered the history of the legislation at issue and found that Congress had clearly intended to give the Director of the CIA broad power to protect the secrecy and integrity of the intelligence process. He also commented on the nature of the intelligence process and the factors that must be considered in determining whether it is reasonable to disclose the information [at page 184 L 2d]:

The reasons are too obvious to call for enlarged discussion; without such protections the Agency would be virtually impotent.

dice à la conduite des affaires internationales, ou de (2) porter préjudice à la défense du Canada ou d'États alliés ou associés avec le Canada, ou de (3) porter préjudice à la détection, à la prévention ou à la répression d'activités hostiles ou subversives.

a

Les intimés citent la décision de la Cour suprême des États-Unis dans *Central Intelligence Agency v. Sims*, 471 U.S. 159 (1985); 85 L Ed 2d 173; 105 S Ct. 1881, pour soutenir qu'en l'espèce, la Cour devrait s'en remettre à l'expertise des auteurs des affidavits secrets. Dans l'affaire citée, la Central Intelligence Agency («CIA») refusait de divulguer les noms des chercheurs MKULTRA en invoquant §102(d)(3) de la loi dite *National Security Act of 1947*, 61 Stat. 498, 50 USC §403(d)(3) [50 USCS §403(d)(3) (1982)], lequel prévoit que [TRADUCTION] «le directeur de [la CIA] est chargé de protéger les sources d'information et les méthodes de recherche des renseignements contre la divulgation non autorisée». La Cour suprême des États-Unis a infirmé la conclusion des instances inférieures que les renseignements en cause étaient susceptibles de divulgation si la CIA ne prouvait pas de façon satisfaisante qu'il lui était nécessaire d'entourer ses entreprises de secret pour obtenir le genre de renseignements demandés par le chercheur. Le juge en chef Burger, rendant le jugement majoritaire concourant, a tiré la conclusion suivante [à la page 187 L Ed 2d]:

b

c

d

e

f

[TRADUCTION] La Cour d'appel a sous-estimé l'importance qu'il y a à donner aux sources d'information une assurance de confidentialité qui soit aussi absolue que possible. Sous le régime qu'elle envisage, l'Agence serait forcée de divulguer une source chaque fois qu'un tribunal décide, après le fait, qu'elle aurait pu obtenir les renseignements du même genre sans avoir à promettre la confidentialité. Cette divulgation forcée de l'identité de ses sources d'information pourrait bien avoir un effet dévastateur sur son aptitude à remplir sa mission.

g

h

i

Il a évoqué l'historique de la loi en cause et conclu que le Congrès entendait manifestement investir le directeur de la CIA d'un large pouvoir pour protéger le secret et l'intégrité du travail de recherche des renseignements. Il s'est également prononcé sur la nature du travail de renseignement et sur les facteurs qu'il faut prendre en considération pour décider s'il est raisonnable de divulguer les renseignements demandés [à la page 184 L Ed 2d]:

j

[TRADUCTION] Les raisons sont trop évidentes pour qu'on en discute davantage; sans cette protection, l'Agence serait pratiquement réduite à l'impuissance.

Witnesses with broad experience in the intelligence field testified before Congress concerning the practical realities of intelligence work. Fleet Admiral Nimitz, for example, explained that "intelligence is a composite of authenticated and evaluated information covering not only the armed forces establishment of a possible enemy, but also his industrial capacity, racial traits, religious beliefs, and other related aspects."

[at pages 187-188] We seriously doubt whether a potential intelligence source will rest assured knowing that judges, who have little or no background in the delicate business of intelligence gathering, will order his identity revealed only after examining the facts of the case to determine whether the Agency actually needed to promise confidentiality in order to obtain the information. . . . Moreover, a court's decision whether an intelligence source will be harmed if his identity is revealed will often require complex political, historical, and psychological judgments. . . . There is no reason for a potential intelligence source, whose welfare and safety may be at stake, to have great confidence in the ability of judges to make those judgments correctly.

[At pages 189-191] Here the Director concluded that disclosure of the institutional affiliations of the MKULTRA researchers could lead to identifying the researchers themselves and thus the disclosure posed an unacceptable risk of revealing protected "intelligence sources." The decisions of the Director, who must of course be familiar with "the whole picture," as judges are not, are worthy of great deference given the magnitude of the national security interests and potential risks at stake. It is conceivable that the mere explanation of why information must be withheld can convey valuable information to a foreign intelligence agency.

The national interest sometimes makes it advisable, or even imperative, to disclose information that may lead to the identity of intelligence sources. And it is the responsibility of the Director of Central Intelligence, not that of the judiciary, to weigh the variety of complex and subtle factors in determining whether disclosure of information may lead to an unacceptable risk of compromising the Agency's intelligence-gathering process.

Although not binding upon this Court, the decision in *Sims* is useful to illustrate the legitimate concerns raised by the respondents in the area of injury to international affairs. However, unlike the legislation in *Sims*, the statute here does not give the head of the government institution absolute discretion to withhold information although I do note that the United States Supreme Court ultimately embarked upon a

Des témoins avec une grande expérience dans le domaine du renseignement ont déposé devant le Congrès au sujet des réalités pratiques du travail de recherche des renseignements. L'amiral de la flotte Nimitz, par exemple, expliqua que «le renseignement est un mélange de renseignements vérifiés et de renseignements évalués, qui portent non seulement sur les forces armées d'un ennemi éventuel, mais encore sur sa capacité industrielle, ses caractéristiques raciales, ses croyances religieuses et autres aspects connexes».

[aux pages 187 et 188] Nous doutons sérieusement qu'une source potentielle de renseignements se sente rassurée si elle sait que des juges, qui n'ont guère ou pas du tout d'expérience dans le travail délicat de recherche des renseignements, ordonneront la divulgation de son identité, après avoir juste examiné les faits de la cause pour décider si l'Agence avait réellement besoin de promettre la confidentialité pour obtenir le renseignement. . . . Qui plus est, une décision judiciaire sur la question de savoir si la divulgation de l'identité d'une source d'information fera du tort à cette dernière nécessitera dans un grand nombre de cas des jugements de valeur politiques, historiques et psychologiques. . . . Il n'y a aucune raison pour qu'une source potentielle d'information, dont le bien-être et la sécurité pourraient être en jeu, ait grande confiance dans l'aptitude des magistrats à former correctement ces jugements de valeur.

[Aux pages 189 à 191] En l'espèce, le directeur a conclu que la divulgation des établissements auxquels appartiennent les chercheurs MKULTRA pourrait mener à l'identification de ces chercheurs eux-mêmes et que par conséquent, la divulgation faisait courir le risque inacceptable de révéler des «sources d'information» protégées. Les décisions du directeur, qui doit bien entendu connaître le «tableau d'ensemble», que ne connaissent pas les juges, doivent être respectées vu l'importance des questions de sécurité nationale. Il est concevable que la seule explication des raisons pour lesquelles le renseignement ne doit pas être divulgué puisse constituer une information précieuse pour un service de renseignements étranger.

L'intérêt national fait que parfois il soit souhaitable, voire impératif, de divulguer des renseignements qui pourraient conduire à l'identité de sources d'information. Et c'est au directeur de [la CIA], et non pas aux juges, qu'il incombe de prendre en considération la variété de facteurs complexes et subtils pour décider si la divulgation de documents peut se traduire par un risque inacceptable de compromettre le travail de recherche des renseignements de l'Agence.

Bien qu'il n'ait pas valeur de précédent pour la Cour, l'arrêt *Sims* est utile en ce qu'il illustre les inquiétudes légitimes exprimées par les intimés pour ce qui est du préjudice possible dans la conduite des affaires internationales. Cependant, à l'opposé de la législation citée dans l'affaire *Sims*, la loi applicable en l'espèce n'investit pas le responsable de l'institution fédérale sollicitée du pouvoir discrétionnaire

consideration of whether the Director had “reasonably concluded” that the information should be withheld, albeit with deference to his opinion.

The question of injury has also been considered in Canada in the context of another statute. In *Goguen v. Gibson*, [1983] 1 F.C. 872, Thurlow C.J. considered an objection under subsection 36.1(1) [now section 37] of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 4, to the disclosure of information on grounds of injury to national security and international relations. Section 36.1 provided:

36.1 (1) A Minister or the Crown in right of Canada or other person interested may object to the disclosure of information before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information by certifying orally or in writing to the court, person or body that the information should not be disclosed on the grounds of a specified public interest.

(2) Subject to sections 36.2 and 36.3, where an objection to the disclosure of information is made under subsection (1) before a superior court, that court may examine or hear the information and order its disclosure, subject to such restrictions or conditions as it deems appropriate, if it concludes that, in the circumstances of the case, the public interest in disclosure outweighs in importance the specified public interest.

Thurlow C.J. specifically addressed the “Importance of Public Interest in National Security and International Relations”, and factors such as the age of information, from whom it was obtained and in what circumstances. He commented (at page 905):

In national security matters and international relations, secrecy is essential. The price in time and effort put forth to assemble and sift information is high. The process is continuous. It is carried out in the interests of public safety. What is purchased by the efforts expended is easily injured or lost by publication of information that should be kept secret.

Further, though the information to which this application applies is all at least ten years old, I do not think that its disclosure can on that account be regarded as any the less likely to cause injury. As was pointed out in at least one of the cases referred to, secrets relating to national security may require to be preserved indefinitely. See *Attorney-General v. Jonathan*

absolu de ne pas divulguer les renseignements demandés, bien qu’il y ait lieu de souligner que dans sa décision, la Cour suprême des États-Unis, tout en déférant à l’opinion du directeur, s’est finalement demandé s’il avait «raisonnablement conclu» qu’il fallait refuser la communication.

La question du préjudice a aussi été examinée au Canada dans le contexte d’une autre loi. Dans *Goguen c. Gibson*, [1983] 1 C.F. 872, le juge en chef Thurlow était saisi de l’opposition faite en application du paragraphe 36.1(1) [actuellement l’article 37] de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10, mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, art. 4, à la divulgation de renseignements pour cause de préjudice à la sécurité nationale et aux relations internationales. Voici ce que prévoit l’article 36.1:

36.1(1) Un ministre ou toute autre personne intéressée peut s’opposer à la divulgation de renseignements devant un tribunal, un organisme ou une personne ayant le pouvoir de contraindre à la production de renseignements, en attestant verbalement ou par écrit devant eux que ces renseignements ne devraient pas être divulgués pour des raisons d’intérêt public déterminées.

(2) Sous réserve des articles 36.2 et 36.3, dans les cas où l’opposition visée au paragraphe (1) est portée devant une cour supérieure, celle-ci peut prendre connaissance des renseignements et ordonner leur divulgation, sous réserve des restrictions ou conditions qu’elle estime indiquées, si elle conclut qu’en l’espèce, les raisons d’intérêt public qui justifient la divulgation l’emportent sur les raisons d’intérêt public invoquées lors de l’attestation.

Le juge en chef Thurlow a analysé en particulier «l’importance de l’intérêt public dans le maintien de la sécurité nationale et des relations internationales» ainsi que des facteurs comme le degré d’ancienneté du renseignement, sa source et les circonstances de sa communication à l’origine. Il s’est prononcé en ces termes, à la page 905:

En matière de sécurité nationale et de relations internationales, le secret est de rigueur. Le temps et l’effort consacrés à rassembler et à trier l’information sont considérables. Le processus est continu. Il se fait dans l’intérêt de la sécurité publique. Ce qui est acquis par tous ces efforts est vite compromis, voire perdu, par la révélation de renseignements qui devraient demeurer secrets.

En outre, bien que les renseignements concernés par cette demande datent d’au moins dix ans, je ne pense pas que leur divulgation puisse être considérée pour cela moins préjudiciable. Comme on l’a souligné au moins dans l’une des affaires citées, certains secrets de la sécurité nationale peuvent devoir être gardés ainsi indéfiniment. Voir *Attorney-General v. Jona-*

Cape Ltd. and Others, [[1976] 1 Q.B. 752 at p. 770]. I should think that the same would apply to secrets relating to international relations. The view expressed by Gibbs A.C.J. in *Sankey v. Whitlam* [(1978), 21 A.L.R. 505 (H.C.), at p. 528], is to that effect. In neither instance is a period of ten to twenty years of much significance in reducing the likelihood of injury resulting from disclosure.

Finally, I regard it as a circumstance to be taken into account that Canada is not presently at war. If a state of war existed I doubt that anyone would argue that the importance of the public interest in national security was not greater than the importance of the public interest in the administration of justice for in a war situation the lives of all citizens may be in jeopardy. That the country is not at war militates somewhat in favour of the applicants but, in the present day state of international affair, political terrorism and subversion, not much. Eternal vigilance is as necessary as it always has been to maintain the security of the nation. [Emphasis added.]

The reasoning of Thurlow C.J. was affirmed on appeal, [1983] 2 F.C. 463 (C.A.), and Marceau J.A., further added [at page 480]:

... I think with the learned Chief Justice that in assessing the validity and seriousness of the claim for public-interest immunity, “the circumstance of who it is that asserts the objection and what his interest in and knowledge of the need for maintaining immunity from disclosure may have its bearing” (at page 880). I will even add that, in my view, in matters of national security, that circumstance may even be the most forceful one, because of the expertise required to properly assess the situation—an expertise a judge normally does not have. [Emphasis added.]

My task here is to review the material, submissions and evidence to determine whether the decision to withhold under section 15 was reasonable. While the expert opinions are useful, I am ultimately required to form my own opinion to determine whether the explanations provided for refusing to disclose are reasonable. Furthermore, I am not mandated, as was the Court in *Goguen*, to further consider and balance the public interest in disclosure. The Act specifically gives the Court discretion to disclose information if the head of the government institution was not authorized to grant an exemption or, in other words, he did not have reasonable grounds upon which to refuse disclosure under section 15. This contemplates a substantive review.

than Cape Ltd. and Others, [[1976] 1 Q.B. 752, à la p. 770]. Je pense qu'il en est de même des secrets liés aux relations internationales. L'opinion exprimée par le juge en chef adjoint Gibbs de la Cour d'appel dans l'arrêt *Sankey v. Whitlam* [(1978), 21 A.L.R. 505 (H.C.), à la p. 528], va dans le même sens. Dans les deux cas, dix ou vingt ans ne sauraient réduire le danger d'une divulgation dommageable.

Enfin, il faut tenir compte de ce que le Canada n'est pas actuellement en guerre. Si un état de guerre existait, je doute que l'on puisse soutenir que l'intérêt public dans la sécurité nationale n'est pas supérieur à l'intérêt public dans la bonne administration de la justice; car en temps de guerre, la vie de tous les citoyens est en péril. Le fait que le pays ne soit pas en guerre joue un peu en faveur des requérants mais, dans l'état actuel des relations internationales, du terrorisme politique et de la subversion, fort peu. Il faut maintenir une vigilance constante, comme on l'a toujours fait, pour assurer la sécurité de la nation. [Passages non soulignés dans l'original.]

Les conclusions du juge en chef Thurlow ont été confirmées en Cour d'appel, [1983] 2 C.F. 463 (C.A.), où le juge Marceau, J.C.A., a ajouté [à la page 480]:

... je suis d'avis, comme le juge en chef, que dans l'évaluation de la justesse et du sérieux de la demande d'exemption fondée sur l'intérêt public, «l'auteur de l'opposition, son intérêt au maintien du secret et sa connaissance de la nécessité du secret ont leur importance» (à la page 880). J'ajouterai même qu'à mon avis, en matière de sécurité nationale, ces éléments pourraient être les plus importants en raison de la compétence requise pour évaluer adéquatement la situation, compétence qu'un juge normalement ne possède pas. [Passages non soulignés dans l'original.]

Il m'incombe en l'espèce d'examiner les documents en cause, les arguments et les témoignages produits pour décider si le refus de communication fondé sur l'article 15 était raisonnable. Bien que l'avis des experts soit utile, c'est moi qui en fin de compte dois former ma propre opinion pour décider si les explications données à l'appui de ce refus sont raisonnables. Par ailleurs, contrairement à ce qui se passait dans l'affaire *Goguen*, je ne suis pas investi en l'espèce de la responsabilité d'examiner et de mettre dans la balance l'intérêt public dans la divulgation. La Loi investit expressément la Cour du pouvoir discrétionnaire de divulguer les renseignements en cause si le responsable de l'institution fédérale concernée n'était pas autorisé à invoquer une exemption, autrement dit s'il n'avait pas des motifs raisonnables pour refuser la communication en application de l'article 15. Une instruction au fond est donc nécessaire.

CONCLUSION

After a thorough review of the 243 documents which were completely exempted, the 132 pages or records where information was severed, and several other documents among those revealed to the applicant, I am satisfied that, other than as outlined below, the respondents' decision to withhold or sever the records should not be disturbed. Where section 13 has been invoked, the head has been authorized to refuse to disclose the information. The evidence before me indicates that appropriate consultations had indeed been made with the foreign states or institutions, that the information was received in confidence, and that the foreign states or institutions have not consented to the disclosure of the information.

Likewise, where section 19 has been invoked, I am satisfied that the documents contained personal information within the relevant paragraphs of section 3 of the *Privacy Act*, and that the exceptions listed in subsection 19(2) do not apply. Finally, where section 15 has been invoked, I am satisfied on the basis of the secret supplementary affidavits filed on behalf of the respondents, that the head of the government institution had reasonable grounds to refuse to disclose the records or parts thereof as the disclosure could reasonably be expected to be injurious to the conduct of international affairs.

To respond to the remaining arguments raised by the applicant, there is simply insufficient evidence to conclude that preferential access has been granted to other historians. In any event, I find no basis upon which the head of the government institution could accord such treatment to other historians, other than the exemption provisions set out in the statute.

As indicated previously, the respondents have provided one or more exemption provisions with respect to each record or severed portion thereof and have, through secret affidavits, attempted to explain and justify the rationale behind each exemption. I have considered each record, together with the explanation provided and have, based on the information before

CONCLUSION

Après examen attentif des 243 documents qui étaient entièrement exemptés, des 132 pages ou dossiers où des renseignements ont été occultés, et de plusieurs autres documents parmi ceux qui ont été communiqués au requérant, je conclus, à part l'exception ci-après, qu'il ne faut pas toucher à la décision des intimés de ne pas communiquer ou d'occulter des dossiers. À l'égard des exemptions revendiquées en application de l'article 13, le responsable était fondé à refuser la communication. Il ressort des témoignages produits qu'il y a eu consultation en règle des États ou organisations étrangers, lesquels n'ont pas consenti à la divulgation des renseignements en cause qu'ils avaient fournis à titre confidentiel.

De même, à l'égard des exemptions revendiquées en application de l'article 19, je conclus que les documents dont s'agit contiennent des renseignements personnels visés aux alinéas applicables de l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, et que les exceptions prévues au paragraphe 19(2) ne s'appliquent pas. Enfin, à l'égard des exemptions fondées sur l'article 15, je conclus, sur la foi des affidavits secrets complémentaires déposés à l'appui des intimés, que le responsable de l'institution concernée avait des motifs raisonnables pour refuser de communiquer tout ou partie des dossiers en cause, du fait que leur divulgation risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la conduite des affaires internationales.

Pour ce qui est des autres arguments avancés par le requérant, il n'a pas produit des preuves suffisantes pour prouver que d'autres historiens ont reçu un traitement préférentiel. Quoi qu'il en soit, je ne vois aucun motif sur lequel le responsable de l'institution fédérale concernée aurait pu se fonder pour accorder pareil traitement à d'autres historiens, si ce n'était les exceptions prévues dans la loi applicable.

Comme indiqué précédemment, les intimés ont invoqué une ou plusieurs dispositions portant exemption à l'égard de chaque dossier ou de chaque élément occulté et, au moyen d'affidavits secrets, ont essayé d'expliquer et de justifier chaque exemption. J'ai examiné chaque dossier ainsi que l'explication qui s'y rapporte et, à la lumière des faits ressortant du

me, determined that the decision to withhold was properly made in all but one circumstance. Where I had doubt, I sought additional clarification from counsel for the respondents and I am satisfied that, but for records numbered 0616 and 0617, this application for review must be dismissed.

On these documents, information concerning the names, position titles and date of hiring of individuals hired post-1942 was severed. The respondents have exempted this information on the basis of section 15 but have indicated that it was severed because the information, which is post-1942, was not relevant to the applicant's request for information about the Examination Unit during the "Yardley period", 1941-42. The fact that information is not directly related to an access request is not a basis for exemption under the Act and, in the light of the considerations outlined above with respect to a section 15 exemption, I am not satisfied that the respondents had reasonable grounds to refuse to disclose the names, position titles and date of hiring of individuals hired post-1942 although I do recognize that the other severed portions of these records were appropriately exempted under section 15.

Accordingly, the application is allowed in part without costs to either party.

dossier, j'ai décidé que le refus de communication était justifié à l'exception d'un seul cas. Chaque fois que j'avais des doutes, j'ai demandé des éclaircissements à l'avocate des intimés et je conclus qu'à l'exception des dossiers n° 0616 et 0617, le recours en révision doit être rejeté.

Dans les documents ci-dessus, les renseignements relatifs aux noms, fonctions et date d'engagement d'individus engagés après 1942 ont été occultés. Les intimés ont exempté ces renseignements en invoquant l'article 15, mais ont expliqué que ces derniers ont été occultés parce qu'ils sont postérieurs à 1942 et, de ce fait, n'ont rien à voir avec la demande faite par le requérant de consulter les renseignements sur le Service de décryptage de la «période Yardley», 1941-1942. Que ces renseignements n'aient pas un rapport direct avec la demande de communication ne constitue pas un motif d'exemption prévu par la Loi et, à la lumière des considérations *supra* en matière d'exemptions fondées sur l'article 15, je ne suis pas convaincu que les intimés aient des motifs raisonnables pour refuser de divulguer les noms, fonctions et date d'engagement d'individus engagés après 1942, bien que les autres éléments occultés de ces dossiers aient été proprement exemptés en application de l'article 15.

Par ces motifs, le recours est accueilli en partie, sans que l'une ou l'autre partie ait droit aux dépens.

T-3388-90

T-3388-90

Réjean A. Éthier (*Applicant*)**Réjean A. Éthier** (*requérant*)

v.

c.

The Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police and the Public Service Commission (*Respondents*)**Le commissaire de la Gendarmerie royale du Canada et la Commission de la fonction publique** (*intimés*)*INDEXED AS: ÉTHIER v. CANADA (RCMP COMMISSIONER) (T.D.)**b RÉPERTORIÉ: ÉTHIER c. CANADA (COMMISSAIRE DE LA GRC) (1^{re} INST.)*

Trial Division, Cullen J.—Ottawa, June 12 and August 6, 1991.

Section de première instance, juge Cullen—Ottawa, 12 juin et 6 août 1991.

Public service — Selection process — Competitions — Applicant says personnel officer promised closed competition on completion of term appointment — Whether estoppel — Certiorari to quash decision to hold open competition for canteen manager at RCMP headquarters — Former incumbent, no longer civil servant, awarded indeterminate appointment — Public Service Commission having statutory power to decide whether appointment made from within or without Public Service — Case law on duty of procedural fairness reviewed — Decision as to type of competition management prerogative — Applicant lacking right to make representations thereon — Decision not directly terminating applicant's employment — No general duty to act fairly herein.

c Fonction publique — Procédure de sélection — Concours — Le requérant soutient qu'un agent du personnel a promis de tenir un concours restreint au terme de son emploi à durée déterminée — Peut-il plaider estoppel? — Demande d'un bref de certiorari visant à annuler la décision de tenir un concours public pour pourvoir au poste de gérant de l'économat à la Direction générale de la GRC — Le titulaire précédent, qui n'est plus fonctionnaire, obtient la nomination pour une durée indéterminée — La loi habilite la Commission de la fonction publique à décider de nommer des personnes choisies à l'intérieur ou à l'extérieur de la fonction publique — Examen de la jurisprudence relative à l'équité procédurale — La détermination du genre de concours à tenir relève de la prérogative patronale — Le requérant ne peut revendiquer le droit de se faire entendre à ce sujet — La décision ne met pas directement fin à l'emploi du requérant — Il n'y a pas d'obligation générale d'agir équitablement en l'espèce.

Judicial review — Prerogative writs — Certiorari — Application to quash competition and decision to hold open competition for indeterminate position of canteen manager at RCMP headquarters — Term appointee says personnel officer promised closed competition at end of term — Case law on duty of procedural fairness reviewed — Applicant lacking right to make representations as to form of competition — Employment not directly terminated by decision — No general duty on respondents to act fairly — Reasonable apprehension of bias not established.

d e f Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — Certiorari — Demande d'annulation d'un concours et de la décision de tenir un concours public afin de pourvoir au poste de gérant de l'économat à la Direction générale de la GRC pour une période indéterminée — La personne occupant le poste pour une durée déterminée soutient qu'un agent du personnel lui a promis la tenue d'un concours restreint à l'expiration de son contrat — Examen de la jurisprudence relative à l'équité procédurale — Le requérant ne peut revendiquer le droit de se faire entendre au sujet du genre de concours — La décision ne met pas directement fin à l'emploi — Les intimés n'assument pas d'obligation générale d'agir équitablement — La crainte raisonnable de partialité n'est pas prouvée.

Practice — Evidence — Supplementary affidavit upon certiorari application comprised of statements made on information and belief, hearsay — Admissible portions not severable — Affidavit struck in entirety — Annexed exhibits hearsay — Introduced to establish truth of contents — Whether admissible as within exception to hearsay rule — Double hearsay — Inadmissibility of record made in course of investigation — Business records at common law — Public document exception — Necessity for public access in case of "inquiry" documents.

i j Pratique — Preuve — L'affidavit supplémentaire produit au soutien de la demande de certiorari renferme des déclarations découlant de renseignements et de croyances et qui sont du oui-dire — Les portions admissibles ne peuvent être séparées des portions non admissibles — L'affidavit est radié dans sa totalité — Les pièces jointes à l'affidavit constituent du oui-dire — Elles visent à établir la véracité de la teneur de celui-ci — Sont-elles couvertes par une exception à la règle du oui-dire? — Double oui-dire — Inadmissibilité des documents constitués à l'occasion d'une enquête — Règles de common law applicables aux pièces commerciales — Exception relative

This was a section 18 application for *certiorari* quashing the respondents' decision to hold an open competition for the position of canteen manager at RCMP headquarters in Ottawa, and setting aside the competition itself. Respondents sought an order striking applicant's supplementary affidavit and exhibits attached thereto as hearsay under *Federal Court Rules*, Rule 332 and the common law rules of evidence. The applicant, first employed at the RCMP canteen in 1979, was named canteen manager, as a public servant, on a term appointment from June 7, 1988 to December 1989. Prior to expiry of the term, it was decided to hold an open competition to fill the position on an indeterminate basis. The indeterminate appointment was awarded to applicant's predecessor. The applicant questioned the regularity of the process but the Public Service Commission, after an internal investigation, concluded that the complaint was unfounded. Applicant then sued the respondents, alleging breach of the duty of fairness in failing to provide him with an opportunity to be heard on the decision to hold an open competition. It was argued that the decision was based on an improper consideration, namely to give applicant's predecessor an opportunity to regain his position, that the respondents were estopped from holding an open competition in view of certain representations made to applicant by an RCMP personnel officer and that the involvement of another RCMP officer raised a reasonable apprehension of bias. The respondents' position was that the decision to hold an open competition was made in good faith and within the discretion conferred by the *Public Service Employment Act*.

The issues were whether the respondents breached the duty of fairness towards the applicant in deciding to hold an open competition without offering him an opportunity to make representations and whether the applicant's supplementary affidavit and attached exhibits were admissible in support of his application.

Held, the application should be dismissed.

To be admissible under the *Federal Court Rules*, Rule 332(1), applicant's supplementary affidavit should have been based on his own knowledge and belief, not on hearsay. Since the affidavit was comprised of statements made from information and opinions based not on personal knowledge but on hearsay and because the admissible portions were not severable from the inadmissible portions, it should be struck out in its entirety. The two exhibits annexed to the supplementary affidavit were introduced as assertive documents to establish the truth of what is contained in the statement and were therefore hearsay. These exhibits, to be admissible, would have to fall within one of the four exceptions to the hearsay rule. (1) Such exhibits would be admissible under subsection 26(1) of the *Canada Evidence Act* if considered a "book" within the meaning of that subsection. But the word "book" does not include any kind of record and does not extend to reports consisting of

aux documents publics — Nécessité de l'existence d'un droit d'accès public à l'égard des documents «d'enquête».

Le requérant a demandé à la Cour de prononcer, en application de l'article 18, une ordonnance de la nature d'un bref de *certiorari* annulant la décision des intimés de pourvoir au poste de gérant de l'économat à la Direction générale de la GRC à Ottawa par voie de concours public et annulant le concours lui-même. Les intimés ont demandé la radiation de l'affidavit supplémentaire du requérant et des pièces qui y étaient annexées parce qu'ils constituaient du ouï-dire aux termes de la Règle 332 des *Règles de la Cour fédérale* et des règles de preuve de la common law. Le requérant, qui a commencé à travailler à l'économat de la GRC en 1979, en fut nommé gérant, avec statut de fonctionnaire fédéral, pour une durée déterminée, savoir du 7 juin 1988 jusqu'au mois de décembre 1989. Avant l'expiration du terme, il fut décidé de tenir un concours public pour pourvoir au poste pour une durée indéterminée. C'est le prédécesseur du requérant qui obtint la nomination. Le requérant contesta la régularité du processus suivi, mais la Commission de la fonction publique, après une enquête interne, déclara sa plainte non fondée. Le requérant poursuivit alors les intimés, leur reprochant d'avoir manqué à leur devoir d'agir équitablement en ne lui fournissant pas l'occasion d'être entendu avant de décider de la tenue d'un concours public. Il soutint aussi que la décision avait été prise pour des motifs incorrects, savoir pour donner à son prédécesseur la possibilité de reprendre son poste, que les règles applicables à l'estoppel empêchaient les intimés de tenir un concours public, à cause des déclarations qu'un agent du personnel de la GRC lui avaient faites et que l'intervention d'un autre employé de la GRC faisait naître une crainte raisonnable de partialité. Les intimés ont allégué que la décision de tenir un concours public avait été prise dans l'exercice de bonne foi d'un pouvoir discrétionnaire conféré par la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*.

La Cour devait déterminer si les intimés avaient manqué à leur devoir d'agir équitablement en décidant de tenir un concours public sans offrir au requérant l'occasion de se faire entendre et devait se prononcer sur l'admissibilité de l'affidavit supplémentaire produit par le requérant à l'appui de sa demande et des pièces qui y étaient jointes.

Jugement: la requête devrait être rejetée.

Pour être admissible conformément à la Règle 332(1) des *Règles de la Cour fédérale*, l'affidavit supplémentaire du requérant aurait dû reposer sur les propres connaissances et croyances de ce dernier, non sur du ouï-dire. Puisque l'affidavit se compose de déclarations découlant de renseignements et d'opinions constituant du ouï-dire et non de connaissances personnelles, et comme les portions admissibles du document ne peuvent être séparées des portions inadmissibles, il doit être radié dans sa totalité. Les deux pièces jointes à l'affidavit sont des documents affirmatifs produits pour établir la véracité des déclarations faites et constituent donc du ouï-dire. Pour être admissibles, elles doivent donc être couvertes par l'une des quatre exceptions reconnues à la règle du ouï-dire. (1) Les pièces pourraient être admises en vertu du paragraphe 26(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* si elles pouvaient être considérées comme un «livre» au sens de cette disposition. Mais le

opinion and interpretation such as the exhibits herein. This subsection is therefore inapplicable. 2) The exception based on subsection 30(1) of the Act is inapplicable for two reasons. First, a condition precedent to the admissibility of documents under this subsection is that oral evidence of the matter recorded in the document also be admissible. In other words, the maker of the record must have had personal knowledge of the events or statements recorded, otherwise the recorded statements would be double hearsay. This condition had not been met. Furthermore, the notes having been taken in the course of an investigation into the applicant's complaint, they were excluded by virtue of subparagraph 30(10)(a)(i) of the *Canada Evidence Act*. 3) While most of the requirements of the business record exception at common law had been satisfied, the exhibits failed to meet the requirement that the recorder have personal knowledge of the thing recorded. In both exhibits, the recorders did not have such knowledge. 4) Although both exhibits met the basic requirements of the public documents exception, in the case of "inquiry documents" there may be a further requirement: public right of access. The exhibits in question were the results of inquiries made pursuant to a public duty; the limited access available under the *Access to Information Act* is not equivalent to the broad public access that is necessary for the rationale of public scrutiny to be effective and was insufficient to be a guarantee of reliability. The exhibits were, therefore, not admissible under any of the exceptions to the hearsay rule and should be struck out.

As to the duty of fairness owed to the applicant, the *Public Service Employment Act* appears to give the Commission a discretion to make appointments from within or from outside the Public Service. But, in decisions which may be considered administrative in nature, the decision-maker owes a duty of procedural fairness in certain circumstances. First of the three factors to be considered in determining whether there is a duty to act fairly is the nature of the decision, more precisely its finality. A decision of a preliminary nature, such as that in question, will not in general trigger the duty to act fairly. The second factor is the relationship between the body and the individual. In the instant case, it was that of employer-employee. That an employee occupies a term position is not necessarily incompatible with the existence of a duty of fairness upon the expiration or non-renewal of the term. However, the relationship of the parties in this case was not one that would trigger the right to make representations as to the form of competition. The decision as to the type of competition is a management prerogative, entrusted to the Public Service Commission by statute. The third question is whether the decision has a significant effect upon the individual. Unless it does, the right to procedural fairness does not arise. The decision to hold an open competition did not terminate the applicant's employment, but only deprived him of certain advantages he would have enjoyed in a closed competition. In view of these three factors, there was not a general duty on the respondents to act fairly.

mot «livre» ne vise pas tout type de pièce et n'englobe pas les rapports constitués d'opinions et d'interprétations que sont les pièces produites en l'espèce. Ce paragraphe est donc inapplicable. (2) L'exception prévue au paragraphe 30(1) de la Loi est également inapplicable pour deux raisons. Premièrement, l'admissibilité de documents en vertu de cette disposition est assujettie à la condition préalable que la preuve orale de leur teneur soit admissible. Autrement dit, leur auteur doit avoir eu une connaissance personnelle des événements relatés ou des déclarations faites, autrement ceux-ci constitueraient un double ouï-dire. Cette condition n'est pas remplie. En outre, comme les notes avaient été établies au cours de l'enquête relative à la plainte du requérant, elles étaient exclues en raison du sous-alinéa 30(10)a)(i) de la *Loi sur la preuve au Canada*. (3) Bien que les pièces satisfassent à la plupart des exigences prévues par la common law à l'égard de l'exception visant les pièces commerciales, elles ne remplissent pas la condition voulant que l'auteur ait une connaissance personnelle des éléments consignés. Cette connaissance fait défaut dans le cas des deux pièces. (4) Bien que les deux pièces soient conformes aux exigences fondamentales de l'exception visant les documents publics, il est possible qu'une autre exigence s'ajoute dans le cas des «documents d'enquête», celle du droit d'accès public. Les pièces en question proviennent d'enquêtes effectuées dans l'exercice d'une charge publique. L'accès limité prévu à la *Loi sur l'accès à l'information* n'équivaut pas au vaste accès public nécessaire à l'efficacité des motifs justifiant l'examen public et n'est pas suffisant pour constituer une garantie de fiabilité. Aucune des exceptions invoquées à la règle du ouï-dire n'autorise donc l'admission des pièces; elles doivent être radiées.

En ce qui concerne le devoir d'agir équitablement, la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* semble conférer à la Commission le pouvoir discrétionnaire de nommer des personnes choisies à l'intérieur ou à l'extérieur de la fonction publique. Mais à l'égard de certaines décisions pouvant être considérées de nature administrative, le décideur doit, dans certaines situations, respecter l'équité procédurale. Le premier des trois facteurs à examiner pour déterminer s'il existe une obligation d'agir équitablement est la nature de la décision et, plus précisément, son caractère irrévocable. Une décision de nature préliminaire, comme en l'espèce, ne fera pas naître, généralement, le devoir d'agir équitablement. Le deuxième facteur est la relation existant entre l'organisme et le particulier. En l'espèce, il s'agit d'une relation employeur-employé. Le fait qu'un employé occupe un poste pour une durée déterminée n'exclut pas nécessairement l'existence d'un devoir d'agir équitablement à l'expiration du contrat ou à l'occasion de la décision de ne pas le renouveler. Toutefois, la relation existant entre les parties en l'espèce n'est pas de celles qui donnent ouverture au droit de se faire entendre relativement au genre de concours à tenir. La décision en cette matière relève de la prérogative patronale, que la loi a dévolue à la Commission de la fonction publique. Le troisième facteur consiste à se demander si la décision a des répercussions importantes sur la personne visée. Si elle n'en a pas, il n'y a pas de droit à l'équité procédurale. La décision de tenir un concours public n'a pas mis fin à l'emploi du requérant; elle n'a fait que le priver de certains avan-

Even if it were true that a personnel officer had promised applicant that if he accepted a term there would be a closed competition upon its completion, that would not found an estoppel against the respondents because the officer lacked authority to give such an undertaking.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1.
Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 26(1), 30(1), (10)(a)(i), (11), (12).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 332(1).
Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, ss. 8, 11.
Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C., 1985, c. R-10, s. 10(1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Knight v. Indian Head School Division No. 19, [1990] 1 S.C.R. 653; (1990), 69 D.L.R. (4th) 489; [1990] 3 W.W.R. 289; 83 Sask. R. 81; 43 Admin. L.R. 157; 30 C.C.E.L. 237; 90 CLLC 14,010; 106 N.R. 17; *Ridge v. Baldwin*, [1963] 2 All E.R. 66 (H.L.).

APPLIED:

R. v. O'Brien, [1978] 1 S.C.R. 591; (1977), 76 D.L.R. (3d) 513; [1977] 5 W.W.R. 400; 35 C.C.C. (2d) 209; 38 C.R.N.S. 325; 16 N.R. 271; *Finestone v. The Queen*, [1953] 2 S.C.R. 107; (1953), 107 C.C.C. 93; 17 C.R. 211; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; (1978), 88 D.L.R. (3d) 671; 78 CLLC 14,181; 23 N.R. 410; *R. v. Laverty (No. 2)* (1979), 47 C.C.C. (2d) 60; 9 C.R. (3d) 288 (Ont. C.A.).

CONSIDERED:

Nowlan v. Elderkin, [1950] 3 D.L.R. 773 (N.S.S.C.); *R. v. Grimba and Wilder* (1977), 38 C.C.C. (2d) 469 (Ont. Co. Ct.); *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608; (1970), 14 D.L.R. (3d) 4; 73 W.W.R. 347; 12 C.R.N.S. 349.

REFERRED TO:

Okeynan v. Prince Albert Penitentiary and National Parole Board (1988), 20 F.T.R. 270 (F.C.T.D.); *Regina v. Northern Electric Company, Limited et al.*, [1955] O.R. 431; [1955] 3 D.L.R. 449; 111 C.C.C. 241; 24 C.P.R. 1; 21 C.R. 45 (H. C.); *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 93 N.R. 183; *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*,

tages dont il aurait joui dans un concours restreint. Compte tenu de ces trois facteurs, les intimés n'assumaient pas d'obligation générale d'agir équitablement.

Même si un agent du personnel avait véritablement promis au requérant que s'il acceptait une nomination à durée déterminée il y aurait un concours restreint à l'expiration de son contrat, cela n'est pas suffisant pour fonder l'estoppel parce que l'agent n'avait pas le pouvoir de s'engager de la sorte.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), chap. A-1.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18.
Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. (1985), chap. R-10, art. 10(1).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), chap. C-5, art. 26(1), 30(1), (10)(a)(i), (11), (12).
Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), chap. P-33, art. 8, 11.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 332(1).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS SUIVIES:

Knight c. Indian Head School Division No. 19, [1990] 1 R.C.S. 653; (1990), 69 D.L.R. (4th) 489; [1990] 3 W.W.R. 289; 83 Sask. R. 81; 43 Admin. L.R. 157; 30 C.C.E.L. 237; 90 CLLC 14,010; 106 N.R. 17; *Ridge v. Baldwin*, [1963] 2 All E.R. 66 (H.L.).

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

R. c. O'Brien, [1978] 1 R.C.S. 591; (1977), 76 D.L.R. (3d) 513; [1977] 5 W.W.R. 400; 35 C.C.C. (2d) 209; 38 C.R.N.S. 325; 16 N.R. 271; *Finestone v. The Queen*, [1953] 2 R.C.S. 107; (1953), 107 C.C.C. 93; 17 C.R. 211; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; (1978), 88 D.L.R. (3d) 671; 78 CLLC 14,181; 23 N.R. 410; *R. v. Laverty (No. 2)* (1979), 47 C.C.C. (2d) 60; 9 C.R. (3d) 288 (C.A. Ont.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Nowlan v. Elderkin, [1950] 3 D.L.R. 773 (C.S.N.-É.); *R. v. Grimba and Wilder* (1977), 38 C.C.C. (2d) 469 (C. Cté. Ont.); *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608; (1970), 14 D.L.R. (3d) 4; 73 W.W.R. 347; 12 C.R.N.S. 349.

DÉCISIONS CITÉES:

Okeynan c. Pénitencier de Prince Albert et Comité de libération conditionnelle, (1988) 20 F.T.R. 270 (C.F. 1^{re} inst.); *Regina v. Northern Electric Company, Limited et al.*, [1955] O.R. 431; [1955] 3 D.L.R. 449; 111 C.C.C. 241; 24 C.P.R. 1; 21 C.R. 45 (H. C.); *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 93 N.R. 183; *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries*

[1968] A.C. 997 (H.L.); *Cantwell v. Canada (Minister of the Environment)* (1991), 6 C.E.L.R. (N.S.) 16 (F.C.T.D.).

and *Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.); *Cantwell c. Canada (Ministre de l'Environnement)* (1991), 6 C.E.L.R. (N.S.) 16 (C.F. 1^{re} inst.).

AUTHORS CITED

Ewart, J. Douglas. *Documentary Evidence in Canada*, Toronto: Carswell Legal Publications, 1984.

Lederman, S. N. "The Admissibility of Business Records: A Partial Metamorphosis" (1973), 11 *Osgoode Hall L.J.* 373.

Wade, H. W. R. *Administrative Law*, 5th ed., Oxford: Clarendon Press, 1982.

COUNSEL:

Charles T. Hackland for applicant.
Geoffrey S. Lester and *Hélène Laurendeau* for respondents.

SOLICITORS:

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada, for respondents.

The following are the reasons for order rendered in English by

CULLEN J.: This is an application pursuant to section 18 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, for an order in the nature of *certiorari*. It concerns certain alleged irregularities involved in staffing the position of canteen manager at the RCMP headquarters in Ottawa. The relief sought is an order quashing and setting aside the decision by the respondents to hold an open competition to staff the position of canteen manager, and an order quashing and setting aside the competition and declaring the position vacant.

The respondents have made a concurrent application for an order striking out the supplementary affidavit of the applicant and the exhibits attached thereto made in support of the above application on the ground that they are based on the applicant's information and belief, and are hearsay, pursuant to Rule 332 of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663] and the rules of evidence at common law.

DOCTRINE

Ewart, J. Douglas. *Documentary Evidence in Canada*, Toronto: Carswell Legal Publications, 1984.

Lederman, S. N. «The Admissibility of Business Records: A Partial Metamorphosis» (1973), 11 *Osgoode Hall L.J.* 373.

Wade, H. W. R. *Administrative Law*, 5th ed., Oxford: Clarendon Press, 1982.

AVOCATS:

Charles T. Hackland pour le requérant.
Geoffrey S. Lester et *Hélène Laurendeau* pour les intimés.

PROCUREURS:

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

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

LE JUGE CULLEN: Le requérant se prévaut de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7 pour demander à la Cour de prononcer une ordonnance de la nature d'un bref de *certiorari*. L'affaire porte sur de prétendues irrégularités commises dans la dotation du poste de gérant de l'économat à la Direction générale de la GRC à Ottawa. Le requérant demande à la Cour de rendre une ordonnance annulant la décision des intimés de pourvoir au poste par voie de concours public ainsi qu'une ordonnance annulant le concours et déclarant le poste vacant.

Les intimés ont présenté une demande concomitante visant la radiation de l'affidavit supplémentaire souscrit par le requérant au soutien de sa demande ainsi que des pièces qu'il y a annexées. Ils soutiennent que ces documents reposent sur des croyances et des renseignements du requérant et constituent du oui-dire suivant la Règle 332 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., chap. 663] et les règles de preuve de la common law.

FACTS

The applicant was first employed by the Royal Canadian Mounted Police canteen in 1979, and served as assistant manager of the canteen from 1981 to 1987. The applicant was not during this time a federal public servant. In February 1988, the canteen manager, Gilles Charbonneau, resigned from the Public Service. An open competition was held to find a replacement. The applicant was the successful candidate. He was then appointed to canteen manager on a term basis with the status of a public servant from June 7, 1988, to May 1, 1989. With extensions, the contract ran to December, 1989.

It is unclear why the position of canteen manager was filled by the applicant on a term as opposed to an indeterminate basis. The position had been considered indeterminate when it had been held by Charbonneau. According to Public Service Guidelines, if the work to be performed is ongoing in nature, the preferred staffing option is to make the appointment on an indeterminate basis. RCMP superintendent J. A. Lebel, who was in charge of administration and personnel at RCMP headquarters, states in his affidavit that the applicant was appointed on a term basis so the applicant would have "an opportunity to demonstrate his capacity to perform in the position rather than appoint him permanently from the beginning". He also stated that this was done on the advice of the Public Service staffing officer, Lise Péladeau. Péladeau, however, states that she believed the decision to be Lebel's alone. The evidence of Louise Parry, Péladeau's supervisor, was that the Public Service Commission does not approve of making term appointments for probationary purposes.

The applicant states that when he accepted the position, he was advised by Lebel that he had several options with respect to his employment status in the new position. He could choose to be appointed manager on an indefinite basis, as a non-governmental employee, or he could choose to take the appoint-

LES FAITS

Le requérant a commencé à travailler à l'économat de la Gendarmerie royale du Canada en 1979. De 1981 à 1987, il y a occupé le poste de gérant adjoint. Il n'avait pas, pendant cette période, le statut de fonctionnaire fédéral. Au mois de février 1988, le gérant de l'économat, M. Gilles Charbonneau, démissionna de la fonction publique. L'employeur organisa un concours public pour lui trouver un remplaçant. C'est le requérant qui se classa premier. Il fut donc nommé gérant de l'économat pour une durée déterminée, savoir du 7 juin 1988 au 1^{er} mai 1989, avec statut de fonctionnaire fédéral. Il y eut des prolongations au contrat, et il occupa le poste jusqu'au mois de décembre 1989.

La raison pour laquelle le requérant a été nommé pour une durée déterminée plutôt qu'indéterminée n'est pas claire. Lorsque M. Charbonneau occupait le poste, celui-ci était un poste à durée indéterminée et, suivant les lignes directrices de la Commission de la fonction publique, il est préférable de pourvoir les postes dont les fonctions sont de nature permanente en y nommant les employés pour une durée indéterminée. M. J. A. Lebel, surintendant de la GRC, qui avait la charge de l'administration et du personnel à la Direction générale de l'organisme, a déclaré dans son affidavit que le requérant avait été nommé pour une durée déterminée pour qu'il [TRADUCTION] «ait la possibilité de faire la preuve de son aptitude à exécuter les attributions de son poste au lieu d'être nommé immédiatement à titre permanent». Il a ajouté que c'est sur les conseils de l'agente de dotation de la Commission de la fonction publique, M^{me} Lise Péladeau, qu'il avait procédé de cette façon. M^{me} Péladeau, toutefois, a affirmé que, selon elle, c'est M. Lebel seul qui avait pris la décision. La supérieure de M^{me} Péladeau, M^{me} Louise Parry, a indiqué dans son témoignage que la Commission de la fonction publique n'approuvait pas le recours à des nominations à durée déterminée à des fins probatoires.

Le requérant déclare que lorsqu'il a accepté le poste, M. Lebel l'a informé qu'il pouvait choisir entre plusieurs statuts. Il pouvait opter pour une nomination à durée indéterminée à titre d'employé non gouvernemental ou bien pour une nomination pour une durée déterminée à titre de fonctionnaire.

ment as a governmental employee for a limited term. According to the applicant, Lebel advised him that if he chose to accept a term appointment, a closed competition would be held upon the end of his term, and as long as no qualified persons came forward for the job, he would be confirmed in the position indefinitely. Lebel denies that he promised the applicant that a closed competition would be held, and at most expressed a possibility. He also states that he had no authority to make such a representation that would be binding upon the respondents.

Superintendent Lebel was replaced by Superintendent Yves Campagna in the summer of 1988. Campagna was requested by his superior, Chief Superintendent Yelle, to contact Charbonneau and determine if he was interested in returning to his former position. Yelle, Campagna and Charbonneau later met to discuss this possibility, with Charbonneau stating that he would return if he could receive performance bonuses over and above his salary. Campagna enquired as to the possibility of such bonuses with Michel Chatelaine, the officer in charge of the Public Service Personnel Administration branch at RCMP headquarters. Chatelaine advised that such bonuses could not be offered. Charbonneau then told Campagna that he would not be interested in the position. He subsequently changed his mind, but as will be seen it is unclear when this change of heart was brought to the attention of Campagna before or after the decision was made to have an open competition.

As the applicant's term drew to a close, a preliminary decision had been made by Louise Parry and Lise Péladeau to re-staff the position by means of a closed competition. On May 9, 1989, however, this decision was changed at a brief meeting between Parry and Campagna. Parry for the Public Service Commission, in consultation with Campagna for the RCMP, decided that an open competition would be held to fill the position of canteen manager on an indeterminate basis. The circumstances surrounding this meeting are, unfortunately, unclear in several key respects. It appears that Parry set out a number of staffing options for the position, and that Campagna stated that he wished to have an open competition in order to find the best qualified candidate for the position. Parry testified that she inferred from this that Campagna was not completely satisfied with the

Lebel lui aurait en outre fait valoir que s'il choisissait la nomination à durée déterminée, il y aurait un concours restreint à l'expiration du contrat, et que s'il ne se présentait pas d'autres candidats qualifiés, sa nomination à ce poste serait confirmée pour une durée indéterminée. Lebel a nié avoir promis au requérant qu'il procéderait par voie de concours restreint; il aurait tout au plus mentionné l'existence de cette possibilité. Il a affirmé en outre qu'il n'avait pas le pouvoir de faire une déclaration de ce genre qui lierait les intimés.

Pendant l'été 1988, le surintendant Lebel fut remplacé par le surintendant Yves Campagna, lequel reçut l'instruction du surintendant principal Yelle de communiquer avec Charbonneau et de voir si ce dernier était intéressé à revenir à son ancien poste. MM. Yelle, Campagna et Charbonneau se rencontrèrent par la suite afin de discuter de cette possibilité. Charbonneau se déclara prêt à revenir s'il pouvait toucher une prime de rendement en plus de son salaire. Campagna s'enquit de cette possibilité auprès de Michel Chatelaine, le cadre responsable de l'administration du personnel de la fonction publique à la Direction générale de la GRC. Ce dernier l'informa qu'il n'était pas possible d'accorder de telles primes. Charbonneau déclara alors à Campagna qu'il n'était pas intéressé au poste. Il changea d'avis par la suite, mais, comme nous le verrons, on ne sait trop si M. Campagna a été mis au courant de ce revirement avant de décider de tenir un concours public ou après.

Le terme du contrat du requérant approchant, M^{mes} Louise Parry et Lise Péladeau ont résolu de combler le poste par voie de concours restreint. Toutefois, il fut décidé de procéder autrement au cours d'une brève rencontre, tenue le 9 mai 1989 entre M^{me} Parry, de la Commission de la fonction publique, et M. Campagna, de la GRC. M^{me} Parry, en consultation avec M. Campagna, prit la décision de tenir un concours public et de pourvoir au poste de gérant de l'économat pour une durée indéterminée. Malheureusement, les circonstances de cette réunion demeurent, à plusieurs égards importants, nébuleuses. Il appert que M^{me} Parry présenta un certain nombre d'options en rapport avec la dotation de ce poste et que M. Campagna indiqua qu'il préférerait tenir un concours public afin de trouver le candidat le mieux qualifié. Dans son témoignage, M^{me} Parry déclara

applicant. Left unexplained was the reason for pursuing a closed competition until May 9th if it was apparent that there would be a problem in finding sufficiently qualified candidates for the position.

It also appears that at the time of the meeting, Parry, who had only been in her job for some weeks, while aware that the applicant was a term employee, was unaware of the applicant's long history with the canteen or of the circumstances of his appointment when the decision to have an open competition was made, although Péladeau had been aware of these matters. It also appears that at the time of the meeting, Campagna may have had concerns about the applicant's job performance, although he denied on cross-examination that he was other than completely satisfied with the applicant. Four days before the May 9th meeting, Campagna had signed a performance appraisal that stated that canteen profits had seriously declined under the applicant's stewardship. This was in fact incorrect. The applicant subsequently grieved this appraisal, and in February 1990 the appraisal was altered to indicate that substantial profits had been achieved.

The evidence of Campagna was unclear in certain other respects. He stated on cross-examination that he did not remember when he had been advised by Charbonneau that he wished to compete for his former position, whether it was before or after the May 9th meeting. He also stated that he did not remember if he had advised Parry that Charbonneau wanted to compete. Parry stated that she was not so advised, and also stated that it would be inappropriate to employ a process to facilitate the chance of a particular individual to compete.

The applicant submits that the inescapable conclusion to be drawn from the circumstances was that the decision to have an open competition was made in order to allow Charbonneau a chance to compete for his position, for as he was no longer a civil servant he would not be eligible for a closed competition. Campagna and Parry deny that the decision to have an

qu'elle en avait conclu que M. Campagna n'était pas entièrement satisfait du rendement du requérant. Personne n'a expliqué pourquoi on avait opté pour un concours restreint jusqu'au 9 mai, s'il était manifeste qu'il serait difficile d'obtenir suffisamment de candidats qualifiés pour le poste.

Il appert également que M^{me} Parry, qui n'exerçait ses fonctions que depuis quelques semaines au moment de la rencontre, savait que le requérant avait été nommé pour une durée déterminée, mais ignorait, quand la décision de tenir un concours public fut prise, ses longs états de service à l'économat ainsi que les circonstances ayant présidé à sa nomination. M^{me} Péladeau, par contre, était au courant de ces faits. Il semble en outre qu'au moment de la rencontre, M. Campagna ait pu avoir des réserves quant au rendement du requérant, bien qu'il ait nié, en contre-interrogatoire, avoir éprouvé autre chose qu'une entière satisfaction à l'égard du travail de celui-ci. Quatre jours avant la réunion du 9 mai, M. Campagna avait signé l'évaluation du rendement du requérant, laquelle mentionnait que les profits de l'économat avaient sérieusement diminué sous sa direction. Ce fait était inexact. Le requérant formula un grief à ce sujet et, au mois de février 1990, l'évaluation fut modifiée pour indiquer une hausse substantielle des profits.

Le témoignage de Campagna souffre d'imprécision à d'autres égards. Il a affirmé, en contre-interrogatoire, qu'il ne se souvenait pas du moment où Charbonneau l'avait informé qu'il souhaitait participer au concours visant son ancien poste; il ne savait pas si c'était avant ou après la rencontre du 9 mai. Il ne se rappelait pas non plus s'il avait avisé M^{me} Parry du fait que Charbonneau entendait se porter candidat. M^{me} Parry a affirmé qu'elle n'en a pas été informée et a ajouté qu'il serait incorrect d'opter pour un processus donné dans le but de faciliter la participation d'un candidat particulier à un concours.

Le requérant soutient qu'on ne peut faire autrement que conclure de ces circonstances que la décision de tenir un concours public visait à donner à Charbonneau la chance de se porter candidat au poste. En effet, celui-ci n'étant plus fonctionnaire, il n'aurait pu prendre part à un concours restreint. M. Campagna et M^{me} Parry nient avoir opté pour un concours public

open competition was made to allow Charbonneau a chance to compete for the position, but in order to have the best possible candidate for the position.

In June 1989, the applicant was advised for the first time of the decision to have an open competition. He states that while he felt the decision to be extremely unfair in light of his performance and his understanding of the representations made by Lebel, he also felt that he had no choice but to enter the competition. It is unclear how the applicant was made eligible for the competition, for it is the policy of the Public Service Commission not to refer for competitions for indeterminate positions the names of those who already occupy the position on a term basis. This would have had the effect of disqualifying the applicant, but it appears he was included in the competition by some sort of administrative fiat. Charbonneau, however, as an outsider, was subject to no such restrictions, and his name was referred from the Public Service inventory of names. The indeterminate appointment was awarded to Charbonneau in November 1989.

The applicant sought to complain about the regularity of the process. Had the applicant been competing in a closed competition as a term employee, he would have had a guaranteed right of appeal against Charbonneau's appointment with a hearing held before an adjudicator. As he was competing as an outsider in an open competition, however, his only recourse was to complain about the competition process to the Appeals and Investigation Branch of the Public Service Commission. The Commission, after an internal investigation, concluded that the applicant's complaint was unfounded.

The applicant then filed an action against the respondents. He then proceeded to seek prerogative relief in this court. During cross-examination on the affidavits to be submitted in this proceeding, the applicant requested that the staffing files relating to the competition be produced, which request was refused. The applicant then applied under the *Access to Information Act* [R.S.C., 1985, c. A-1] for a copy of the file concerning the investigation by the Public Service Investigation Branch. A series of "Notes to

dans ce but. Ils affirment avoir cherché par là à obtenir le candidat le plus qualifié.

a C'est au mois de juin 1989 que le requérant fut informé pour la première fois de la décision de tenir un concours public. Il affirme que, bien qu'il considérât cette décision extrêmement injuste compte tenu de son rendement et de sa compréhension des déclarations faites par Lebel, il ne croyait pas avoir d'autre choix que de se présenter au concours. On n'a pas établi clairement sur quelles bases il a été jugé admissible au concours. La politique de la Commission de la fonction publique est, en effet, de ne pas inscrire à un concours visant à doter un poste pour une durée indéterminée un candidat qui occupe ce poste pour une durée déterminée. Cette politique aurait dû rendre le requérant inadmissible, mais il semble qu'il ait été admis à se présenter par une sorte d'autorisation administrative. Charbonneau, par contre, ne faisait l'objet d'aucune restriction de ce genre puisqu'il venait de l'extérieur, et son nom fut extrait du répertoire de la fonction publique et porté sur la liste des candidats. C'est lui qui obtint la nomination à durée indéterminée au poste, au mois de novembre 1989.

f Le requérant entreprit de contester la régularité du processus suivi. S'il avait pris part à un concours restreint, à titre d'employé nommé pour une période déterminée, il aurait été assuré d'un droit d'appel contre la nomination de Charbonneau et d'une audience devant un arbitre. À titre de candidat externe à un concours public, par contre, il n'avait d'autre recours que de contester le processus suivi auprès de la Direction générale des appels et enquêtes de la Commission de la fonction publique. Après une enquête interne, la Commission déclara la plainte non fondée.

i Le requérant prit alors action contre les intimés, puis entreprit un recours en prérogative devant la Cour. Pendant le contre-interrogatoire mené relativement aux affidavits soumis à l'appui de la dite action, il demanda la production des dossiers concernant le concours, mais sa requête fut rejetée. Il réclama alors une copie du dossier de l'enquête effectuée par la Direction des enquêtes en invoquant la *Loi sur l'accès à l'information* [L.R.C. (1985), chap. A-1]. Il obtint une série de [TRADUCTION] «Notes au dossier»

File" by the investigator, Michelle Grosleau, was obtained. Also obtained were internal RCMP documents concerning the open competition. The applicant has annexed these documents to a supplementary affidavit filed in support of his *certiorari* application. The respondents have applied to have the supplementary affidavit and the exhibits struck out as inadmissible hearsay.

POSITION OF THE APPLICANT

The applicant states that the respondents breached a duty of fairness by failing to provide the applicant with an opportunity to be heard on the decision to hold an external competition. He also submits that the decision was based on improper motives and irrelevant considerations, to wit, a desire to give Charbonneau an opportunity to regain his position. In addition, the applicant states that the respondents were estopped from holding an external competition by virtue of his reliance on the representations made to him by Lebel. There is also an allegation that the involvement of Campagna in the decision raises a reasonable apprehension of bias.

POSITION OF THE RESPONDENTS

The respondents deny that any binding representations were made to the applicant by Lebel concerning the type of competition that would be held upon the expiry of his term. They also deny that any improper motive inspired the decision to hold an open competition, or that any policies or procedures were breached in reaching this decision. They state that the decision to hold an open competition was a good faith exercise of the discretion to make such decisions conferred by the *Public Service Employment Act* [R.S.C., 1985, c. P-33].

MOTION OF THE RESPONDENTS

I propose to deal first with the respondents' motion to strike out all or part of the applicant's supplementary affidavit and the attached exhibits on the ground that the affidavit is not confined to facts that the applicant is able to prove of his own knowledge, and that the exhibits annexed to the affidavit have not been proved and are hearsay. The matters can be conveniently divided into questions of the admissibility

consignées par Michelle Grosleau, la personne chargée de l'enquête, ainsi que des documents internes de la GRC portant sur le concours public. Il annexa ces documents à un affidavit supplémentaire qu'il déposa à l'appui de sa demande de *certiorari*. Les intimés présentèrent une requête visant à faire radier l'affidavit et les pièces parce que ceux-ci constituaient du ouï-dire et étaient irrecevables.

^b POSITION DU REQUÉRANT

Le requérant expose que les intimés ont manqué à leur devoir d'agir équitablement en ne lui fournissant pas l'occasion d'être entendu avant de décider de la tenue d'un concours public. Il soutient également qu'ils ont pris cette décision pour des motifs incorrects en tenant compte d'éléments non pertinents, c'est-à-dire le désir de donner à Charbonneau une occasion de reprendre son poste. Il ajoute que les intimés ne pouvaient tenir un concours public à cause des déclarations que Lebel lui avaient faites et auxquelles il avait ajouté foi. Il soutient en outre que l'intervention de Campagna dans le processus décisionnel fait naître une crainte raisonnable de partialité.

POSITION DES INTIMÉS

Les intimés nient que Lebel ait fait au requérant des déclarations les liant relativement au genre de concours qui serait tenu à l'expiration du contrat. Ils nient également avoir fait reposer la décision de tenir un concours public sur des motifs incorrects ou avoir enfreint quelque procédure ou politique que ce soit en prenant la décision. Ils affirment que celle-ci procède de l'exercice de bonne foi d'un pouvoir discrétionnaire conféré par la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* [L.R.C. (1985), chap. P-33].

REQUÊTE DES INTIMÉS

J'examinerai d'abord la requête des intimés visant à faire radier en totalité ou en partie l'affidavit supplémentaire du requérant de même que les pièces y afférentes. Les intimés font valoir que cet affidavit ne se restreint pas aux faits que le requérant est en mesure de prouver par la connaissance qu'il en a et que les pièces qui y sont jointes n'ont pas été prouvées et constituent du ouï-dire. Leurs arguments se

of the applicant's affidavit, and then a consideration of the admissibility of the attached exhibits.

Affidavit

The content of affidavits in proceedings in this Court is set out in Rule 332(1) of the *Federal Court Rules*:

332. (1) Affidavits shall be confined to such facts as the witness is able of his own knowledge to prove, except on interlocutory motions on which statements as to his belief with the grounds thereof may be admitted.

Applications pursuant to section 18 for prerogative writs such as *certiorari* are not interlocutory by nature, and therefore affidavits based on information and belief are not sufficient for the purposes of such motions: *Okeynan v. Prince Albert Penitentiary and National Parole Board* (1988), 20 F.T.R. 270 (F.C.T.D.). Therefore, the affidavit of the applicant in this case must be based on his own knowledge and belief, and cannot be based on hearsay.

Based on the above definition, it is clear that the bulk of the applicant's supplementary affidavit is comprised of statements made on information and belief, opinions not based on personal knowledge, and hearsay. The applicant relies in the affidavit on extensive quotations from documents apparently generated by Grosleau in the course of her investigation, and a series of internal RCMP documents relating to the staffing of the canteen position obtained from the PSC file. In my view, the admissible portions of the affidavit are not severable from the inadmissible portions, and therefore I would strike the affidavit in its entirety.

The Exhibits

There are two exhibits annexed to the supplementary affidavit: exhibit "A", the investigator's "Notes to File", and exhibit "B", the internal RCMP documents. The respondents submit that they should be struck from the applicant's motion record on the ground that they are hearsay. Hearsay was defined as

prêtent bien à un examen en deux temps: d'abord celui de l'admissibilité de l'affidavit et puis celui de l'admissibilité des pièces qui y sont jointes.

a L'affidavit

C'est la Règle 332(1) des *Règles de la Cour fédérale* qui régit la teneur des affidavits déposés devant la Cour. Elle est ainsi conçue:

332. (1) Les affidavits doivent se restreindre aux faits que le témoin est en mesure de prouver par la connaissance qu'il en a, sauf en ce qui concerne les requêtes interlocutoires pour lesquelles peuvent être admises des déclarations fondées sur ce qu'il croit et indiquant pourquoi il le croit.

Les demandes de bref de prérogative, tel le bref de *certiorari*, présentées en application de l'article 18 ne sont pas des requêtes interlocutoires par nature. Les affidavits reposant sur des renseignements et des croyances ne sauraient donc suffire à fonder ces requêtes (*Okeynan c. Pénitencier de Prince Albert et Comité de libération conditionnelle* (1988), 20 F.T.R. 270 (C.F. 1^{re} inst.)). En conséquence, l'affidavit souscrit par le requérant en l'instance doit reposer sur ses propres connaissances et croyances et non sur du oui-dire.

Suivant la définition donnée ci-haut, il apparaît clairement que le gros de l'affidavit supplémentaire de la partie requérante se compose de déclarations fondées sur des renseignements et des croyances, sur des opinions ne reposant pas sur des connaissances personnelles et sur du oui-dire. Le requérant renvoie, dans son affidavit, à de larges extraits de documents apparemment préparés par Grosleau pendant son enquête et à une série de documents internes de la GRC touchant la dotation du poste de gérant de l'économat et provenant des dossiers de la CFP. À mon avis, il n'est pas possible de séparer les parties admissibles de cet affidavit des parties inadmissibles. Celui-ci doit donc être radié dans sa totalité.

i Les pièces

Deux pièces sont jointes à l'affidavit supplémentaire: la pièce «A», les «Notes au dossier» de l'enquêteur, et la pièce «B», les documents internes de la GRC. Les intimés font valoir que ces pièces constituent du oui-dire et qu'elles devraient être radiées du dossier de la requête. Le juge Dickson (tel était alors

follows by Dickson J. (as he then was) in *R. v. O'Brien*, [1978] 1 S.C.R. 591, at page 593:

It is settled law that evidence of a statement made to a witness by a person who is not himself called as a witness is hearsay and inadmissible when the object of the evidence is to establish the truth of what is contained in that statement; it is not hearsay and is admissible when it is proposed to establish by the evidence, not the truth of the statement, but the fact that it was made.

In this case, it is clear that the documents in question are hearsay. They are not being tendered as real evidence in order to prove that they are legal documents with an operative effect, such as a contract or a will, where the purpose is to establish the fact that a statement was made. Rather, they are introduced as assertive documents "to establish the truth of what is contained in the statement". Therefore, in order for the exhibits to be admissible, they would have to fall within one of the recognized exceptions to the hearsay rule. These exceptions are as follows:

1. Subsection 26(1) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5;
2. Subsection 30(1) of the *Canada Evidence Act*;
3. The exception for business records at common law;
4. The exception for public documents at common law.

1. Subsection 26(1) of the *Canada Evidence Act*

Subsection 26(1) of the Act provides that certain government documents are admissible if their official character is proved in the manner provided for in the subsection. It reads as follows:

26. (1) A copy of any entry in any book kept in any office or department of the Government of Canada, or in any commission, board or other branch of the public service of Canada, shall be admitted as evidence of that entry, and of the matters, transactions and accounts therein recorded, if it is proved by the oath or affidavit of an officer of the office or department, commission, board or other branch of the public service of Canada that the book was, at the time of the making of the entry, one of the ordinary books kept in the office, department, commission, board or other branch of the public service of Canada, that the entry was made in the usual or ordinary course of business of the office, department, commission,

son titre) a donné du oui-dire la définition suivante dans l'arrêt *R. c. O'Brien*, [1978] 1 R.C.S. 591, à la page 593:

Il est bien établi en droit que la preuve d'une déclaration faite à un témoin par une personne qui n'est pas elle-même assignée comme témoin est une preuve par oui-dire, qui est irrecevable lorsqu'elle cherche à établir la véracité de la déclaration; toutefois, cette preuve n'est pas du oui-dire et est donc recevable lorsqu'elle cherche à établir non pas la véracité de la déclaration, mais simplement que celle-ci a été faite.

En l'espèce, il ne fait pas de doute que les documents en cause constituent du oui-dire. Ils ne sont pas produits à titre de preuve matérielle visant à établir leur statut de document juridique ayant un effet exécutoire, comme dans le cas d'un contrat ou d'un testament, lorsqu'il s'agit de démontrer qu'une déclaration a été faite. Ces documents ont plutôt un caractère affirmatif et leur dépôt en preuve vise «à établir la véracité de la déclaration». Pour être admissibles, ils doivent donc être couverts par l'une ou l'autre des exceptions reconnues à la règle du oui-dire, savoir:

1. Le paragraphe 26(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), chap. C-5;
2. Le paragraphe 30(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*;
3. L'exception prévue par la common law pour les pièces commerciales;
4. L'exception prévue par la common law pour les documents publics.

1. Le paragraphe 26(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*

Le paragraphe 26(1) de la Loi prévoit que certains documents d'origine gouvernementale sont admissibles si leur caractère officiel est établi de la façon qui y est prévue. Il est ainsi conçu:

26. (1) La copie de toute écriture passée dans un livre tenu par un organisme ou ministère du gouvernement du Canada, ou par une commission, un conseil ou un autre secteur de l'administration publique fédérale est admise comme preuve de cette écriture, et des affaires, opérations et comptes qui s'y trouvent consignés, s'il est prouvé par le serment ou l'affidavit d'un fonctionnaire de cet organisme, ministère, commission, conseil ou autre secteur de l'administration publique fédérale, que ce livre était à l'époque où l'écriture a été passée un des livres ordinaires tenus par cet organisme, ministère, commission, conseil ou autre secteur de l'administration publique fédérale, que l'écriture a été passée dans le cours usuel et ordi-

board or other branch of the public service of Canada and that the copy is a true copy thereof.

In this case, both parties have agreed that there was compliance with the conditions of proof set out in subsection 26(1), but the respondents still contend that the exhibits are not a “book” within the meaning of the subsection.

I am inclined to agree with the respondents that the exhibits are not a “book”. It is true that in *Nowlan v. Elderkin*, [1950] 3 D.L.R. 773 (N.S.S.C.), it was held that the term “book” was not to be construed narrowly, and that it could extend to files that were loosely fastened together. But I do not accept that “book” could include any kind of record. For example, subsection 30(12) of the Act defines “record” as including “books”, implying that the definition of “book” is narrower. In my reading, entries in a “book” concerns the transcription of routine government records, or what Ewart in his book *Documentary Evidence in Canada* refers to as “register-type” documents. In my view, the scope of “book” does not extend to reports that consist of opinion and interpretation, which is what the exhibits in this case are. Therefore, in my opinion, the exhibits are not admissible pursuant to subsection 26(1).

2. Subsection 30(1) of the *Canada Evidence Act*

There are two possible objections to the admissibility of the exhibits under subsection 30(1). The first is the requirement that the evidence be admissible as oral evidence. The second is the bar in subparagraph 30(10)(a)(i) against the section being used to render admissible in evidence in a proceeding a record made in the course of an investigation or inquiry.

Subsection 30(1) provides that business and governmental records may be introduced as evidence in certain circumstances:

naire des affaires de cet organisme, ministère, commission, conseil ou autre secteur de l'administration publique fédérale, et que cette copie en est une copie conforme.

En l'espèce, les deux parties ont convenu que les documents satisfont aux conditions de preuve énoncées au paragraphe 26(1), mais les intimés prétendent que les documents ne constituent pas un «livre» au sens visé par la disposition.

J'incline à penser, comme les intimés, que les pièces ne forment pas un «livre». Il est vrai qu'il a été jugé, dans l'affaire *Nowlan v. Elderkin*, [1950] 3 D.L.R. 773 (C.S.N.-É.), qu'il ne fallait pas donner une interprétation étroite au mot «livre» et que ce terme pouvait s'appliquer à des dossiers retenus ensemble de façon assez lâche. Mais je ne saurais accepter que le mot «livre» pourrait viser tout type de pièce quel qu'il soit. Par exemple, le paragraphe 30(12) de la Loi inclut les «livres» dans la définition de «pièce», ce qui laisse supposer que la définition du mot «livre» est plus étroite. Suivant l'interprétation que je fais de ce mot, les écritures passées dans un «livre» visent la transcription de pièces produites dans l'activité ordinaire du gouvernement ou ce que Ewart décrit dans son ouvrage, *Documentary Evidence in Canada*, comme des documents de type «registre». À mon avis, «livre» n'englobe pas les rapports constitués d'opinions et d'interprétations, ce que sont, en fait, les pièces visées en l'espèce. En conséquence, j'estime que le paragraphe 26(1) ne saurait fonder l'admission de ces pièces.

2. Le paragraphe 30(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*

L'admission en preuve des pièces en application du paragraphe 30(1) se heurte à deux obstacles possibles. Le premier résulte de l'exigence de l'admissibilité des renseignements qu'elles contiennent comme preuve orale et le second de l'impossibilité, énoncée au sous-alinéa 30(10)(a)(i), d'invoquer cet article pour rendre admissible en preuve une pièce établie au cours d'une investigation ou d'une enquête.

Le paragraphe 30(1) prévoit que les pièces établies dans le cours d'affaires ou d'activités exercées par le gouvernement peuvent être produites en preuve dans certaines circonstances:

30. (1) Where oral evidence in respect of a matter would be admissible in a legal proceeding, a record made in the usual and ordinary course of business that contains information in respect of that matter is admissible in evidence under this section in the legal proceeding on production of the record.

(12) In this section

“business” means any business, profession, trade, calling, manufacture or undertaking of any kind carried on in Canada or elsewhere whether for profit or otherwise, including any activity or operation carried on or performed in Canada or elsewhere by any government, by any department, branch, board, commission or agency of any government, by any court or other tribunal or by any other body or authority performing a function of government

Double Hearsay. It should be noted that a condition precedent to the admissibility of documents under this subsection is that oral evidence of the matter recorded in the document also be admissible. This requirement is capable of being construed in a number of ways. Counsel for the respondents states that in order for the statements in the exhibits to be admissible, the maker of the record must have had personal knowledge of the events or statements recorded, otherwise the recorded statements would be double hearsay. This interpretation is advocated by S. N. Lederman, in his article “The Admissibility of Business Records: A Partial Metamorphosis” (1973), 11 *Osgoode Hall L.J.* 373, at pages 394-395:

Furthermore, unlike section 36 of *The Ontario Evidence Act*, there is no reason to believe that section 30 of the *Canada Evidence Act* will sanction records based on information provided by others. Note that the opening words of section 30 read,

Where oral evidence in respect of a matter would be admissible in a legal proceeding . . .

The statute merely provides a method of proof of an *admissible* fact. It does not make the document admissible when oral testimony of the same fact would be inadmissible. Thus, if the maker of the record took the witness stand, he could not testify as to what someone else told him. That would be inadmissible as hearsay and the same limitation applies to business records under section 30 of the Canada Act. The Federal provision does not have a sub-section similar to section 36(4) of *The Ontario Evidence Act* which states that a lack of personal knowledge does not affect the admissibility of the business record.

30. (1) Lorsqu’une preuve orale concernant une chose serait admissible dans une procédure judiciaire, une pièce établie dans le cours ordinaire des affaires et qui contient des renseignements sur cette chose est, en vertu du présent article, admissible en preuve dans la procédure judiciaire sur production de la pièce.

(12) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article.

«affaires» Tout commerce ou métier ou toute affaire, profession, industrie ou entreprise de quelque nature que ce soit exploités ou exercés au Canada ou à l’étranger, soit en vue d’un profit, soit à d’autres fins, y compris toute activité exercée ou opération effectuée, au Canada ou à l’étranger, par un gouvernement, par un ministère, une direction, un conseil, une commission ou un organisme d’un gouvernement, par un tribunal ou par un autre organisme ou une autre autorité exerçant une fonction gouvernementale

Le double oui-dire. Il convient de signaler qu’aux termes de ce paragraphe, l’admissibilité des documents en preuve est assujettie à la condition préalable que la preuve orale de leur teneur soit également admissible. Cette exigence se prête à plusieurs interprétations. Les avocats des intimés soutiennent que, pour que les déclarations contenues dans les pièces soient admissibles, l’auteur de la pièce doit avoir eu une connaissance personnelle des événements relatés ou des déclarations faites, autrement celles-ci constitueraient un double oui-dire. C’est cette interprétation que S. N. Lederman défend dans son article intitulé «The Admissibility of Business Records: A Partial Metamorphosis» (1973), 11 *Osgoode Hall L.J.* 373, aux pages 394 et 395:

[TRADUCTION] En outre, rien ne porte à croire que l’article 30 de la *Loi sur la preuve au Canada* permette, comme le fait l’article 36 de la *Loi sur la preuve* de l’Ontario, l’admission en preuve de pièces fondées sur des renseignements fournis par d’autres personnes. Il ne faut pas oublier que l’article 30 s’ouvre sur ces mots:

Lorsqu’une preuve orale concernant une chose serait admissible dans une procédure judiciaire . . .

La Loi ne fait que prévoir une façon de prouver des faits *admissibles*. Elle ne rend pas admissible un document faisant état d’un fait dont la preuve testimoniale serait inadmissible. Ainsi, si l’auteur d’une pièce était convoqué comme témoin, il ne pourrait témoigner de ce qu’une autre personne lui a dit. Ce serait une preuve par oui-dire inadmissible. C’est cette même restriction que formule l’article 30 de la Loi canadienne à l’égard des pièces commerciales. Cette disposition ne comporte pas de paragraphe analogue au paragraphe 36(4) de la Loi ontarienne, lequel prescrit que l’absence de connaissance personnelle de la part de leur auteur n’a pas d’effet sur l’admissibilité des pièces commerciales.

Such an approach would clearly result in the notes of the investigator Grosleau being inadmissible, as she relied totally on the statements of others in the preparation of her notes. With respect to the documents in exhibit "B" to the affidavit, it appears that the maker, Lise Péladeau, did not have personal knowledge of the matters recorded therein, and thus are also "double hearsay".

Alternatively, there is authority to the effect that it is possible to interpret the requirement that oral evidence be admissible to mean that the record in question must have relevance to the matters in issue, and that if any witness, not just the maker of the record, had personal knowledge of the contents of the matter recorded, the record would be admissible, although it is hearsay on hearsay. In *R. v. Grimba and Wilder* (1977), 38 C.C.C. (2d) 469 (Ont. Co. Ct.), the Crown sought to introduce under subsection 30(1) the evidence of a fingerprint expert with the Federal Bureau of Investigation that the fingerprints taken from the accused upon his arrest were the same as those contained in F.B.I fingerprint records. The expert had not made the record and had no personal knowledge of its accuracy. Callaghan J. admitted the evidence, stating at page 471:

Section 30 was placed into the *Canada Evidence Act* in 1968 [by 1968-69, c. 14, s. 4, as s. 29A]. It would appear that the rationale behind that section for admitting a form of hearsay evidence is the inherent circumstantial guarantee of accuracy which one would find in a business context from records which are relied upon in the day to day affairs of individual businesses, and which are subject to frequent testing and cross-checking. Records thus systematically stored, produced and regularly relied upon should, it would appear under s. 30, not be barred from this Court's consideration simply because they contain hearsay or double hearsay.

However, in my opinion the records in this case do not bear the same peculiar stamp of reliability as those possessed by a systemized fingerprint bank. Therefore, I would conclude that in the absence of such inherent reliability, the records should not be admitted pursuant to subsection 30(1).

L'application d'un tel raisonnement nous amène clairement à conclure à l'inadmissibilité des notes prises par l'enquêteur Grosleau, puisque celles-ci sont entièrement constituées de déclarations faites par d'autres personnes. Pour ce qui est des documents déposés sous la cote «B», il appert que leur auteur, Lise Péladeau, n'avait aucune connaissance personnelle des faits qui y étaient relatés. Ces documents constituent donc également un «double oui-dire».

Des tribunaux ont aussi jugé qu'il était possible d'interpréter l'exigence de l'admissibilité de la preuve orale comme signifiant que la pièce en question doit être liée aux questions en litige et que si un témoin quelconque, et pas seulement l'auteur de la pièce, avait une connaissance personnelle de ce qui y est relaté, elle serait admissible bien qu'elle constitue un double oui-dire. Dans l'affaire *R. v. Grimba and Wilder* (1977), 38 C.C.C. (2d) 469 (C. Cté. Ont.), la Couronne, s'autorisant du paragraphe 30(1), a voulu présenter le témoignage d'un expert en dactyloscopie du Federal Bureau of Investigation pour confirmer que les empreintes prises au moment de l'arrestation de l'accusé étaient identiques à celles qui figuraient dans les dossiers d'empreintes du F.B.I. L'expert n'était pas l'auteur du dossier et n'avait pas de connaissance personnelle de son exactitude. Le juge Callaghan a admis son témoignage en disant à la page 471:

[TRADUCTION] Le législateur a inclus l'article 30 dans la *Loi sur la preuve au Canada* en 1968 [par 1968-69, chap. 14, art. 4, tout comme l'art. 29A]. Il semble que la justification de l'admission en preuve d'une certaine forme de oui-dire réside dans la garantie circonstancielle inhérente d'exactitude qui s'attache, en matière commerciale, aux documents sur lesquels on se fie dans la conduite quotidienne des affaires de l'entreprise et qui font régulièrement l'objet de vérifications et de contre-vérifications. Ainsi, sous le régime de l'article 30, les documents qui sont produits et conservés de façon systématique et auxquels on fait régulièrement appel, ne devraient pas être soustraits à l'examen de la Cour pour la seule raison qu'ils contiennent du oui-dire ou un double oui-dire.

Toutefois, j'estime que les pièces en cause n'offrent pas la même garantie particulière de fiabilité que des documents tirés d'une banque organisée d'empreintes digitales. En conséquence, j'estime qu'en l'absence d'une telle garantie inhérente, il m'est impossible d'admettre les pièces en preuve en vertu du paragraphe 30(1).

Investigation or Inquiry. Even if it is found that the exhibits are admissible under subsection 30(1), in my opinion exhibit «A» would be excluded by virtue of subparagraph 30(10)(a)(i), which reads as follows:

30. . . .

(10) Nothing in this section renders admissible in evidence in any legal proceeding

(a) such part of any record as is proved to be

(i) a record made in the course of an investigation or an inquiry

In *R. v. Laverty (No. 2)* (1979), 47 C.C.C. (2d) 60 (Ont. C.A.), an investigator with a fire department made notes in the course of his investigation of a fire at the accused's house. Zuber J.A. ruled that the notes made under such circumstances were made in the course of an investigation, and therefore not admissible by virtue of subparagraph 30(10)(a)(i). It would appear that an analogous conclusion may also be made in the case at hand, as the notes which make up the bulk of exhibit "A" were made in the course of an investigation into the applicant's complaint. I would therefore conclude that subparagraph 30(10)(a)(i) precludes admission of the documents in exhibit "A" pursuant to subsection 30(1).

3. Business record exception at common law

Even if the documentary evidence in the exhibits does not meet the requirements of section 30 of the *Canada Evidence Act*, it still may be admitted if the requirements of admissibility at common law are met. The provisions of section 30 are not mandatory or exclusive. As subsection 30(11) states:

30. . . .

(11) The provisions of this section shall be deemed to be in addition to and not in derogation of

(a) any other provision of this or any other Act of Parliament respecting the admissibility in evidence of any record or the proof of any matter, or

(b) any existing rule of law under which any record is admissible in evidence or any matter may be proved.

Investigation ou enquête. Même si l'on concluait à l'admissibilité des pièces sous le régime du paragraphe 30(1), le sous-alinéa 30(10)a)(i) aurait, selon moi, l'effet d'exclure la pièce «A». Cette dernière disposition prévoit ce qui suit:

30. . . .

(10) Le présent article n'a pas pour effet de rendre admissibles en preuve dans une procédure judiciaire:

a) un fragment de pièce, lorsqu'il a été prouvé que le fragment est, selon le cas:

(i) une pièce établie au cours d'une investigation ou d'une enquête . . .

Dans l'affaire *R. v. Laverty (No. 2)* (1979), 47 C.C.C. (2d) 60 (C.A. Ont.), un enquêteur travaillant pour un service d'incendie avait pris des notes pendant l'enquête qu'il effectuait sur un incendie survenu dans la maison de l'accusé. Le juge Zuber, J.C.A., considérant que les notes prises dans ces circonstances étaient des notes établies au cours d'une enquête, les a donc jugées inadmissibles aux termes du sous-alinéa 30(10)a)(i). Il m'apparaît possible de formuler un raisonnement analogue en l'espèce, puisque les notes qui composent le gros de la pièce «A» ont été établies au cours de l'enquête effectuée au sujet de la plainte du requérant. En conséquence, je conclus que le sous-alinéa 30(10)a)(i) empêche l'admission en preuve des documents de la pièce «A» en preuve sous le régime du paragraphe 30(1).

3. L'exception prévue par la common law à l'égard des pièces commerciales

Même si les documents qui composent les pièces ne satisfont pas aux exigences de l'article 30 de la *Loi sur la preuve au Canada*, il demeure encore possible de les admettre en preuve si celles de la common law sont respectées. Les dispositions de l'article 30 ne sont ni impératives ni exclusives. Ainsi que le prévoit le paragraphe 30(11):

30. . . .

(11) Les dispositions du présent article sont réputées s'ajouter et non pas déroger:

a) à toute autre disposition de la présente loi ou de toute autre loi fédérale concernant l'admissibilité en preuve d'une pièce ou concernant la preuve d'une chose;

b) à tout principe de droit existant en vertu duquel une pièce est admissible en preuve ou une chose peut être prouvée.

It is possible that the exhibits fall within the exception for business records at common law as set down by the Supreme Court of Canada in *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608. In his book *Documentary Evidence in Canada* (Carswell, 1984), J. D. Ewart provides a summary of the effect of the decision in *Ares*, at page 54:

... the modern rule can be said to make admissible a record containing (i) an original entry (ii) made contemporaneously (iii) in the routine (iv) of business (v) by a recorder with personal knowledge of the thing recorded as a result of having done or observed or formulated it (vi) who had a duty to make the record and (vii) who had no motive to misrepresent. Read in this way, the rule after *Ares* does reflect a more modern, realistic approach for the common law to take towards business duty records.

It appears that while most of the requirements of the exception are met, they fail on the requirement that the recorder have personal knowledge of the thing recorded. In both exhibits, the recorders did not have personal knowledge, and therefore they are not admissible under this exception. In addition, it appears that the exhibits consist in large part of statements of opinion, and not fact.

4. Public documents exception

The requirements of the public document exception were set out by Ewart as follows, at page 151 of his text:

- (i) the record must have been made by a public official;
- (ii) in the discharge of a distinct public function or obligation;
- (iii) with a view to a permanent record being created.

In my view, both exhibits meet these requirements. However, there is a potential fourth requirement, that there be a public right of access to the document. The rationale for the public access requirement is that if a document is available to the public, it gains a certain amount of authority, for the public will presumably challenge it if it is inaccurate. According to Ewart, it is uncertain whether public access is a requirement for the exception in Canada, as the leading case, *Finestone v. The Queen*, [1953] 2 S.C.R. 107 may be interpreted as excluding it altogether or confining the

Il est possible que l'exception prévue en common law à l'égard des pièces commerciales et formulée par la Cour suprême du Canada dans *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608 s'applique aux pièces produites en l'espèce. Dans son ouvrage intitulé *Documentary Evidence in Canada* (Carswell, 1984), J. D. Ewart résume ainsi les effets de l'arrêt *Ares*, à la page 54:

[TRADUCTION] ... il est possible de dire que la règle moderne permet l'admission en preuve d'une pièce contenant (i) une écriture originale (ii) faite de façon concomitante (iii) dans l'exécution des activités routinières (iv) de l'entreprise (v) par une personne qui a une connaissance personnelle du fait conquis, parce qu'elle en est l'auteur ou qu'elle l'a constaté ou formulé et (vi) qui a l'obligation d'établir cette pièce et (vii) n'a aucun motif de consigner de fausses données. Vue sous cet angle, la règle reflète, par suite de l'arrêt *Ares*, une conception plus moderne et réaliste de la common law à l'égard des documents produits dans le cours des affaires.

En l'espèce, les documents réunissent la plupart des éléments exigés sauf celui de la connaissance personnelle de l'auteur de la pièce du fait qu'il y consigne. Dans le cas des deux pièces, l'auteur n'avait pas une connaissance personnelle des faits relatés. Elles ne peuvent donc être admises en preuve. En outre, il semble que les pièces renferment en grande partie des opinions et non des faits.

4. L'exception prévue par la common law pour les documents publics

Ewart présente ainsi les exigences applicables à cette exception, à la page 151 de son ouvrage:

- (i) le document doit avoir été fait par un fonctionnaire,
- (ii) dans l'exercice de fonctions ou d'obligations déterminées et de nature publique,
- (iii) dans l'intention de créer un écrit permanent.

À mon avis, les deux pièces remplissent ces conditions. Toutefois, une quatrième condition est susceptible de s'appliquer, soit celle de l'existence d'un droit d'accès public au document. Cette exigence s'explique du fait que si un document est accessible au public, sa fiabilité s'accroît, car on peut supposer qu'il sera contesté en cas d'inexactitude. Selon Ewart, il n'est pas certain que cette quatrième exigence s'applique au Canada, car il est possible de voir dans la décision faisant autorité à ce sujet, *Finestone v. The Queen*, [1953] 2 R.C.S. 107, l'exclusion

need for it to “inquiry” documents as opposed to “register” documents.

On my reading of the *Finestone* case, the public access aspect of the public document rule has been diluted only in so far as it relates to the registration of ascertainable facts such as births, deaths and marriages. In my view, it is still necessary that there be public access for the purposes of “inquiry” documents. In this case, the exhibits in question are the results of inquiries made pursuant to a public duty. The rationale of public scrutiny for accuracy is not compelling in the context of records such as the exhibits in the case at hand which were recorded in the expectation of privacy: *Regina v. Northern Electric Company, Limited et al.*, [1955] O.R. 431 (H. C.), per McRuer C.J.H.C., at page 468.

As I have found that it is necessary that there be a public right of access to the exhibits in order for them to be admissible under the public documents exception, it is necessary that the respondent provide evidence of a public right of access. The applicant relies on the fact that he obtained access to the exhibits under the *Access to Information Act*. In my opinion, however, the limited access that is available under that Act is not equivalent to the broad public access that is in my view necessary for the rationale of public scrutiny to be effective, i.e. that public access is a circumstantial guarantee of reliability, in that errors will be brought to light.

I would conclude that the reports are not admissible under any of the proposed exceptions to the hearsay rule. I therefore strike them as well as the affidavit.

MOTION OF THE APPLICANT

I would now proceed to an examination of the applicant’s claim that the respondents breached their duty of fairness to him in deciding to hold an open competition without affording him an opportunity to make representations.

de cette exigence ou, du moins, la restriction de son application aux documents «d’enquête» par opposition aux documents de «nature conservatoire».

^a Selon l’interprétation que je fais de l’arrêt *Finestone*, la règle de l’accès du public aux documents n’a été atténuée qu’en ce qui a trait à l’inscription de faits certifiables comme les naissances, les décès et les mariages. ^b À mon avis, il est encore nécessaire d’appliquer la règle de l’accès du public aux documents «d’enquête». Les documents visés en l’espèce proviennent d’enquêtes effectuées dans l’exercice d’une charge publique. L’argument de l’exactitude ^c assurée par l’examen public cesse d’être concluant lorsqu’il s’agit de documents qui, comme les pièces en cause, ont été établis dans une optique de non-divulgation (*Regina v. Northern Electric Company, Limited et al.*, [1955] O.R. 431 (H. C.)), le juge en chef McRuer, à la page 468). ^d

Il faut, puisque j’ai conclu qu’il doit exister un droit d’accès du public aux pièces pour que celles-ci ^e soient admissibles en vertu de l’exception applicable aux documents publics, que les intimés établissent l’existence d’un tel droit. Le requérant invoque le fait qu’il a obtenu accès aux pièces sous le régime de la *Loi sur l’accès à l’information*. Je ne crois pas, ^f cependant, que l’accès limité qui est prévu à la Loi précitée équivaille au vaste accès public qui est, selon moi, nécessaire à l’opération de la justification que ^g représente l’examen public, laquelle justification veut que l’accès public constitue une garantie circonstancielle de fiabilité, puisqu’il permet de dénoncer les erreurs.

J’estime donc qu’aucune des exceptions invoquées ^h à la règle du oui-dire n’autorise l’admission des pièces en question. En conséquence, elles sont radiées de même que l’affidavit.

i REQUÊTE DU REQUÉRANT

J’en viens à présent à l’examen des allégations du requérant selon lesquelles les intimés auraient manqué à leur devoir d’agir équitablement en décidant de tenir un concours public sans lui accorder la possibilité de se faire entendre.

FAIRNESS

The *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C., 1985, c. R-10, subsection 10(1), provides that civilian employees necessary to carry out functions such as canteen manager shall be appointed pursuant to the *Public Service Employment Act*. Section 8 of this act gives the Public Service Commission exclusive authority with respect to whether an appointment shall be made from within or without the Public Service:

8. Except as provided in this Act, the Commission has the exclusive right and authority to make appointments to or from within the Public Service of persons for whose appointment there is no authority in or under any other Act of Parliament.

Section 11 of the Act requires that appointments be made from within the Public Service, except where in the opinion of the Commission such an appointment is not in the best interests of the Public Service:

11. Appointments shall be made from within the Public Service except where, in the opinion of the Commission, it is not in the best interests of the Public Service to do so.

Despite the fact that the statute appears to grant the Commission the discretion to make decisions as to whether to recruit from without or within, it is clear that in decisions such as these that may be considered administrative in nature, the decision-maker owes a duty of procedural fairness in certain situations: *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311. This duty is derived from the fact that the decision-makers are public bodies which derive their power from statute, and which power, therefore, must be exercised in accordance with the precepts of administrative law.

The applicant states that fairness in this case demanded that the respondents allow him to make representations to the respondents with respect to the decision to hold an open competition. He does not claim that all term employees should have the opportunity to make representations as to the type of competition to be held. Rather, he stresses that the unique circumstances of his case, such as his long tenure in the canteen and the purported representations made to him, required fairness in the circumstances.

ÉQUITÉ

La *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), chap. R-10, paragraphe 10(1) prévoit que le personnel civil nécessaire à l'exercice de fonctions comme la gestion de l'économat est nommé conformément à la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*. L'article 8 de cette dernière loi donne à la Commission de la fonction publique la compétence exclusive pour déterminer si les postes seront pourvus par des personnes faisant ou non partie de la fonction publique:

8. Sauf disposition contraire de la présente loi, la Commission a compétence exclusive pour nommer à des postes de la fonction publique des personnes, en faisant partie ou non, dont la nomination n'est régie par aucune autre loi fédérale.

L'article 11 de la Loi exige de procéder par voie de nomination interne, sauf si la Commission est d'avis que cette façon de faire ne sert pas les intérêts de la fonction publique:

11. Les postes sont pourvus par nomination interne sauf si la Commission en juge autrement dans l'intérêt de la fonction publique.

En dépit du fait que la Loi semble conférer à la Commission le pouvoir discrétionnaire de déterminer s'il convient de recruter à l'interne ou à l'externe, il est clair qu'en exerçant ce pouvoir, qui peut être considéré de nature administrative, le décideur doit, dans certaines situations, respecter l'équité procédurale (*Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311). Cette obligation découle du fait que les décideurs sont des organismes publics qui tirent leurs pouvoirs de la loi et qui doivent, de ce fait, les exercer conformément aux préceptes du droit administratif.

Le requérant soutient qu'en l'espèce, il fallait, pour satisfaire à l'équité, lui permettre de présenter des observations aux intimés en rapport avec la décision de tenir un concours public. Il ne prétend pas que tous les employés nommés pour une durée déterminée devraient avoir la possibilité de se faire entendre sur le type de concours à organiser; il fait plutôt valoir qu'en raison de circonstances particulières à son cas, telles ses longs états de service à l'économat et les déclarations qui lui auraient été faites, il s'imposait que l'administration observe les règles de l'équité procédurale.

In *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, Madame L'Heureux-Dubé J. listed the factors that must be considered in determining whether a duty to act fairly exists (at page 669):

The existence of a general duty to act fairly will depend on the consideration of three factors: (i) the nature of the decision to be made by the administrative body; (ii) the relationship existing between that body and the individual; and (iii) the effect of that decision on the individual's rights. This Court has stated in *Cardinal v. Director of Kent Institution, supra*, that whenever those three elements are to be found, there is a general duty to act fairly on a public decision-making body . . .

Nature of the decision

Clearly, not all decisions must be made according to the duty of fairness. One important factor to consider is the finality of the decision in question. As L'Heureux-Dubé J. states in *Knight* (at page 670):

The finality of the decision will also be a factor to consider. A decision of a preliminary nature will not in general trigger the duty to act fairly, whereas a decision of a more final nature may have such an effect . . .

In this case, the decision to hold an open competition was not final in effect, but rather of a more preliminary nature. It did not have the effect of terminating his employment, but rather of changing the circumstances under which he would have to compete for the position.

Relationship between applicant and respondents

There was an employer-employee relationship between the applicant and the respondents. Traditionally, there are three categories of this relationship, as set out by Lord Reid in *Ridge v. Baldwin*, [1963] 2 All E.R. 66 (H.L.):

a) master and servant — no duty to act fairly in deciding to terminate

b) office held at pleasure — no duty to act fairly

Dans *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, Madame le juge L'Heureux-Dubé a énuméré les facteurs que la Cour doit examiner pour déterminer s'il existe un devoir d'agir équitablement (à la page 669):

L'existence d'une obligation générale d'agir équitablement dépendra de l'examen de trois facteurs: (i) la nature de la décision qui doit être rendue par l'organisme administratif en question, (ii) la relation existant entre cet organisme et le particulier, et (iii) l'effet de cette décision sur les droits du particulier. Notre Cour a affirmé dans l'arrêt *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, précité, que dans les cas où ces trois éléments se retrouvent, une obligation générale d'agir équitablement incombe à un organisme décisionnel public . . .

Nature de la décision

À l'évidence, le devoir d'agir équitablement ne s'impose pas à l'égard de toutes les décisions. L'un des facteurs importants à considérer est le caractère irrévocable de la décision. Comme le dit le juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Knight* (à la page 670):

L'irrévocabilité de la décision est également un facteur qui doit être pris en considération. Une décision de nature préliminaire ne fait naître en général aucune obligation d'agir équitablement, alors qu'une décision d'une nature plus définitive peut avoir un tel effet . . .

En l'espèce, la décision de procéder par concours public n'était pas une décision finale. Il s'agissait plutôt d'une décision de nature préliminaire. Elle n'avait pas pour effet de mettre fin à l'emploi du requérant, mais plutôt de modifier les circonstances présidant au déroulement du concours tenu pour pourvoir au poste.

Relation entre le requérant et les intimés

Le lien existant entre le requérant et les intimés était un lien employeur-employé. Ce rapport a classiquement été divisé en trois catégories. Lord Reid décrit celles-ci dans l'arrêt *Ridge v. Baldwin*, [1963] 2 All E.R. 66 (H.L.):

a) les relations de maître à serviteur — la décision de congédier n'est soumise à aucune obligation d'agir équitablement;

b) l'occupation d'une fonction à titre amovible — il n'existe aucune obligation d'agir équitablement;

c) office held unless cause for dismissal — duty to act fairly on the part of the employer.

The position occupied by the applicant, being a term position, does not fall neatly into one of Lord Reid's categories. In *Knight*, L'Heureux-Dubé J. observed that these categories did not consider the situation where there was a non-renewal of a fixed-term contract, which is the situation in the case at hand. In *Knight*, she expressly declined to address the implications of such a relationship. She did state, however, that in Canada administrative law now requires that procedural fairness is now an essential requirement of a decision to terminate employment in the last two categories of Lord Reid. As noted above, however, this is not a case of a decision to terminate. The applicant's position is that the decision to hold an open competition was inextricably linked with a decision not to renew him in his position, in favour of Charbonneau. However, it is not open to me to draw such an inference solely on the basis of the affidavit evidence before me.

In my view, the fact that an employee occupies a term position is not necessarily incompatible with the existence of a duty of fairness upon the expiration or non-renewal of the term. The tenuous nature of his/her employment is not unlike the problems faced by probationary employees, where a duty of fairness has long been recognized. The content of this duty of fairness will vary with the circumstances of each case, and it is therefore difficult to formulate a rule as to what the duty of fairness would require in a particular situation. In this case, however, I am satisfied that the relationship of the parties is not one that would trigger the right to make representations as to the form of competition, although fairness may be required in the context of other decisions involving term employees. In my opinion, the duty of fairness does not extend so far as to demand in the circumstances of this case the participation of the incumbent in the recruitment process. Decisions as to the type of competition are in my view a management prerogative, clearly entrusted to the Public Service Commission by statute.

c) l'occupation d'une fonction dont on ne peut être démis que pour un motif valable—il incombe à l'employeur d'agir équitablement.

Le poste occupé par le requérant étant un poste de durée déterminée, il ne se classe facilement dans aucune des catégories décrites par lord Reid. Dans l'arrêt *Knight*, le juge L'heureux-Dubé a signalé que ces catégories ne tiennent pas compte de la situation où un contrat de travail à durée déterminée n'est pas renouvelé, la situation applicable en l'espèce. Le juge a expressément refusé d'examiner les incidences d'un tel rapport contractuel dans cette dernière affaire. Elle a cependant affirmé qu'en droit administratif canadien, il est maintenant établi que l'équité procédurale constitue une exigence essentielle de la décision de mettre fin à un emploi appartenant aux deux dernières catégories décrites par lord Reid. Comme il en a été fait mention plus haut, cependant, la décision dont la Cour est saisie ne met pas fin à un emploi. Le requérant soutient que la décision de procéder par voie de concours public était inextricablement liée à la décision de ne pas renouveler son contrat, de façon à favoriser la candidature de Charbonneau. Toutefois, il ne m'est pas possible de tirer une telle conclusion à partir de la seule preuve par affidavit dont je dispose.

À mon avis, le fait qu'un employé occupe un poste pour une durée déterminée n'exclut pas nécessairement l'existence d'un devoir d'agir équitablement à l'expiration du contrat ou à l'occasion de la décision de ne pas le renouveler. Le statut précaire de l'emploi n'est pas sans ressemblance avec la situation des employés en période de probation, à l'égard de laquelle l'obligation d'agir équitablement est reconnue depuis longtemps. Le contenu de cette obligation variant avec les circonstances de chaque cas, il est difficile de formuler une règle énonçant ce qu'il faut faire pour agir équitablement dans une situation donnée. Toutefois, je suis convaincu, en l'espèce, que la relation existant entre les parties n'est pas de celles qui donnent ouverture au droit de se faire entendre relativement au genre de concours à tenir, quoique je n'écarte pas que d'autres types de décision visant des employés nommés pour une durée déterminée doivent être prises dans le respect de l'équité procédurale. J'estime qu'en l'espèce, le devoir d'agir équitablement ne va pas jusqu'à exiger la participation du titulaire du poste au processus de recrutement. Les

Effect of decision

There is a right to procedural fairness only if the decision is a significant one and has an important effect upon the individual: *Knight*, at page 677. Generally, decisions to terminate will clearly fall within this requirement, but in this case the applicant was not directly terminated by the decision. His employment came to an end naturally at the end of his term. The effect of the decision to have an open competition was only to deprive the applicant of certain advantages he would have had in a closed competition, or of certain appeal rights that he would have had, had concurrent open and closed competitions been held. In my view, these results are not on the same level as termination.

On balance, I would conclude that there was not a general duty on the respondents to act fairly in this case. In my opinion, the statutory framework under which the decision is made does nothing to modify my conclusion as to the lack of a general right of fairness in the circumstances.

Discretion

It is clear law that the discretion vested in the Public Service Commission by sections 8 and 11 of the *Public Service Employment Act* is not absolute, and must be exercised reasonably and in good faith, taking into account relevant considerations: see *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038 at pages 1076; *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.). The applicant's main argument is that in exercising the discretion to recruit within or without the Public Service, the respondent took into account irrelevant considerations, the desire to have Charbonneau returned to his job. If this were the only consideration, I would think that the applicant would be entitled to *certiorari*. I was strongly encouraged to draw such an inference by the applicant, and equally urged by the respondent that the decision to have an open

décisions portant sur le genre de concours à tenir relèvent à mon avis de la prérogative patronale, que la loi a incontestablement dévolue à la Commission de la fonction publique.

Effet de la décision

Le droit à l'équité procédurale n'existe que si la décision est importante et a de graves répercussions sur la personne visée (*Knight*, à la page 677). Il ne fait pas de doute qu'en règle générale, les décisions mettant fin à un emploi satisfont à cette condition. Toutefois, en l'espèce, la décision n'a pas eu pour effet direct de mettre fin à l'emploi. Celui-ci s'est terminé de façon naturelle par l'arrivée du terme prévu. La décision de tenir un concours public n'a fait que priver le requérant de certains avantages dont il aurait joui s'il avait pris part à un concours restreint ou de certains droits d'appel dont il aurait pu se prévaloir si des concours concomitants, publics et restreints, s'étaient tenus. À mon avis, ces conséquences n'ont pas le même degré de gravité que la cessation de l'emploi.

Tout compte fait, j'estime que les intimés n'assumaient pas, dans le cas qui nous occupe, d'obligation générale d'agir équitablement, et je ne vois rien, dans l'ensemble des dispositions législatives applicables, qui puisse modifier ma conclusion.

Pouvoir discrétionnaire

Il est bien établi en droit que les articles 8 et 11 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* ne confèrent pas une discrétion absolue à la Commission et que celle-ci doit exercer ses pouvoirs de façon raisonnable, en faisant preuve de bonne foi et en tenant compte des éléments pertinents (voir *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la page 1076; *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.)). Le requérant soutient principalement qu'en exerçant son pouvoir discrétionnaire de recruter à l'intérieur ou à l'extérieur de la fonction publique, les intimés ont tenu compte d'éléments non pertinents, comme le désir de voir Charbonneau reprendre son poste. Si les intimés n'avaient pris que cet élément en considération, il y aurait eu, à mon avis, ouverture à *certiorari*. Le requérant a plaidé avec force pour que je conclue en

competition was made in good faith, with the goal of providing as many qualified candidates as possible. In my view, the conclusion proposed by the applicant hinges on findings of credibility that should not be made solely on the basis of the affidavit evidence before me. In my opinion, unless the decision could be said to be based entirely on this irrelevant factor, it is inappropriate to grant *certiorari*; see *Cantwell v. Canada (Minister of the Environment)* (1991), 6 C.E.L.R. (N.S.) 16 (F.C.T.D.).

Estoppel

In this case, it appears that Lebel, by his own admission in affidavit evidence, did not have the authority to promise the applicant that a closed competition would be held, if such a promise was indeed made. In that case, his remarks cannot found an estoppel against the respondents. At most, the applicant may have an action for breach of warranty of authority against Lebel, but that is not the concern of this Court on this application. See Wade, *Administrative Law* (5th ed.), at pages 335-346.

Reasonable apprehension of bias

Bias is clearly a ground for setting aside a decision in some cases. The existence of bias or a reasonable apprehension thereof, however, is a question of fact. It is not sufficiently clear to me whether Campagna, as the applicant alleges, was biased in favour of Charbonneau at the expense of the prospects of the applicant remaining in the position. Campagna denies that he had any bias against the applicant. Once again, such an allegation of bad faith requires more, in my view, than affidavit evidence or inference in view of the denial of bias

CONCLUSION

In my view, this is not an appropriate case for the exercise of my discretion and grant a writ of *certiorari*. It appears to me that there were in this case numerous breakdowns of communication and misunderstandings on both sides. In addition, the checks

ce sens. Les intimés, de leur côté, ont insisté sur le fait que la décision de procéder par concours public avait été prise de bonne foi, dans le but de rassembler le plus de candidats qualifiés possible. Le raisonnement proposé par le requérant suppose l'existence de conclusions relatives à la crédibilité que la seule preuve par affidavit dont je dispose ne saurait me permettre de tirer. À moins de pouvoir dire que la décision repose entièrement sur ce facteur non pertinent, je ne crois pas approprié de délivrer un bref de *certiorari* (voir *Cantwell c. Canada (Ministre de l'Environnement)* (1991), 6 C.E.L.R. (N.S.) 16 (C.F. 1^{re} inst.)).

Estoppel

M. Lebel a admis lui-même, dans son affidavit, qu'il n'avait pas le pouvoir de promettre au requérant que la dotation de son poste se ferait par concours restreint, si tant est qu'il l'ait promis. En l'espèce, les déclarations qu'il a faites ne sauraient fonder l'estoppel invoqué contre les intimés. Le requérant peut, tout au plus, prendre action contre Lebel pour manquement à la garantie d'autorisation, mais, en l'espèce, la Cour n'a pas à s'occuper de cette question. Voir Wade, *Administrative Law*, (5^e éd.) aux pages 335 à 346.

Crainte raisonnable de partialité

De toute évidence, la partialité peut fonder l'annulation d'une décision dans certains cas. Toutefois, l'existence de la partialité ou d'une crainte raisonnable de partialité est une question de fait. Je ne suis pas assez certain que Campagna ait manifesté à l'égard de Charbonneau un préjugé favorable qui, ainsi que le requérant le soutient, a porté préjudice à ses possibilités de conserver son poste. Campagna nie avoir entretenu un préjugé défavorable au requérant. Compte tenu de cette dénégation, il faut plus, encore une fois, qu'une preuve ou une inférence établie par affidavit pour fonder une telle accusation de mauvaise foi.

CONCLUSION

À mon avis, il ne convient pas, en l'espèce, que j'use de ma discrétion et que je décerne un bref de *certiorari*. Dans cette affaire, le processus de communication a connu des défaillances et des malentendus sont survenus de part et d'autre à de nombreuses

and balances that are imposed in order to prevent abuse in appointments to the public service also appear to have failed at crucial points in the process. However, in my view the applicant has not met the burden of establishing that a duty of fairness was owed in the circumstances, that the decision to have an open competition amounted to an abuse of discretion, or that there was an estoppel or reasonable apprehension of bias.

The application is dismissed with costs to the respondents.

reprises. Le système de freins et de contre-poids mis en place afin de prévenir les nominations abusives à la fonction publique a, en outre, fait défaut à des étapes importantes du processus. Toutefois, il me semble que le requérant n'a pas établi, comme il en avait le fardeau, que l'administration avait l'obligation d'agir équitablement dans les circonstances, qu'elle a abusé de son pouvoir discrétionnaire en décidant de procéder par voie de concours public, qu'il y avait estoppel ou qu'il existait une crainte raisonnable de partialité.

La requête est rejetée avec dépens en faveur des intimés.

Ashford Mahabir (*Applicant*)

v.

The Minister of Employment and Immigration
(*Respondent*)

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

Court of Appeal, Mahoney, Desjardins and Linden
J.J.A.—Toronto, October 8; Ottawa, October 17,
1991.

*Immigration — Practice — S. 46 Immigration Act credible
evidence hearing — Application to tribunal, under Charter s.
24, for declaration relevant statutory provisions rendered inop-
erative by Constitution Act, s. 52 — Argument rejected — Judi-
cial review application under Federal Court Act, s. 28 —
Applicant ordered to show cause why application ought not be
quashed as made without leave (Immigration Act, s. 82.1(1))
— Whether leave required where impugned decision is refusal
to declare inoperative empowering legislation or to invoke
constitutional exception in particular circumstances —
Whether “final decision” subject to s. 28 review — Although
Charter invoked, Court cannot ignore Immigration Act, s. 82.1
modifying right to judicial review.*

*Judicial review — Applications to review — Refugee tribu-
nal’s rejection of Charter argument legislation authorizing
credible evidence hearing rendered inoperative by Constitution
Act, s. 52 — Whether “final decision” subject to s. 28 review
— Whether Immigration Act s. 82.1 requirement of seeking
leave for judicial review application applicable where
impugned decision refusal to declare empowering legislation
inoperative — Court unable to ignore s. 82.1 modification of
right to judicial review — Review of case law on what is “dec-
ision” within contemplation of s. 28.*

*Federal Court Jurisdiction — Appeal Division — S. 28
application to review refugee tribunal decision rejecting argu-
ment Immigration Act provisions authorizing credible evidence
hearing rendered inoperative by Constitution Act, s. 52
quashed for want of jurisdiction — Absence of leave required*

A-869-91

Ashford Mahabir (*requérant*)

c.

^a Le ministre de l’Emploi et de l’Immigration
(*intimé*)

^b *RÉPERTORIÉ: MAHABIR c. CANADA (MINISTRE DE L’EMPLOI ET
DE L’IMMIGRATION) (C.A.)*

Cour d’appel, juges Mahoney, Desjardins et Linden,
J.C.A.—Toronto, 8 octobre; Ottawa, 17 octobre
1991.

^c *Immigration — Pratique — Audience tenue en application
de l’art. 46 de la Loi sur l’immigration pour statuer sur l’exis-
tence d’une preuve crédible ou digne de foi — Requête présen-
tée au tribunal en vertu de l’art. 24 de la Charte en vue d’obte-
nir une déclaration portant que les dispositions législatives
visées étaient rendues inopérantes par l’art. 52 de la Loi con-
stitutionnelle — Prétention rejetée — Requête tendant à obtenir
la révision de la décision du tribunal sous le régime de l’art.
28 de la Loi sur la Cour fédérale — Il a été ordonné au requé-
rant de démontrer la raison pour laquelle sa demande ne
devait pas être annulée puisqu’elle a été faite sans autorisation
(Loi sur l’immigration, art. 82.1(1)) — Une autorisation est-
elle nécessaire lorsque la décision attaquée est le refus de
déclarer inopérantes les dispositions législatives dont l’orga-
nisme décisionnel tire son pouvoir ou un refus d’exciper d’une
exception d’ordre constitutionnel dans des circonstances parti-
culières? — S’agit-il d’une «décision définitive» pouvant faire
l’objet de la révision prévue à l’art. 28 — Bien que les disposi-
tions de la Charte aient été invoquées, la Cour ne peut pas ne
pas tenir compte de l’art. 82.1 de la Loi sur l’immigration qui
modifie le droit de demander une révision judiciaire.*

^d *Contrôle judiciaire — Demandes de révision — Le tribunal
chargé de se prononcer sur le statut de réfugié a rejeté la pré-
tention fondée sur les dispositions de la Charte voulant que la
législation autorisant la tenue d’une audience pour statuer sur
l’existence d’une preuve crédible ou digne de foi soit rendue
inopérante par l’art. 52 de la Loi constitutionnelle — S’agit-il
d’une «décision définitive» pouvant faire l’objet de la révision
prévue à l’art. 28 — La nécessité d’obtenir une autorisation
pour présenter une demande de révision, prévue à l’art. 82.1
de la Loi sur l’immigration, s’applique-t-elle lorsque la déci-
sion attaquée est le refus de déclarer inopérante la législation
habilitante — La Cour ne peut pas ne pas tenir compte de la
modification apportée par l’art. 82.1 au droit de demander une
révision judiciaire — Examen de la jurisprudence sur ce que
constitue une «décision» au sens de l’art. 28.*

^e *Compétence de la Cour fédérale — Section d’appel — Rejet
pour manque de compétence de la demande présentée en vertu
de l’art. 28 en vue d’obtenir la révision de la décision du tribu-
nal chargé de se prononcer sur le statut de réfugié rejetant la
prétention voulant que les dispositions de la Loi sur l’immigra-*

A-869-91

to commence proceeding — Not a “final decision” subject to s. 28 review.

Constitutional law — Enforcement — Argument that Federal Court Act, s. 28 application for judicial review of refugee tribunal decision being based on Charter s. 24, leave requirement in Immigration Act to be disregarded — Applicant’s contention logical fallacy — Having sought Charter remedy by proceeding authorized by Immigration Act, applicant bound by condition precedent that leave necessary — S. 24 giving remedial power where matter properly before Court.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 22.
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.
Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33.
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] s. 52.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 46, 82.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1990, c. 8, s. 53).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Brennan v. The Queen, [1984] 2 F.C. 799; (1985), 85 CLLC 17,006; 57 N.R. 116 (C.A.); *Armada Communications Ltd. v. Adjudicator (Immigration Act)*, [1991] 3 F.C. 242 (C.A.).

CONSIDERED:

Bains v. Canada (Minister of Employment & Immigration) (1990), 47 Admin. L.R. 317; 8 Imm. L.R. (2d) 165; 109 N.R. 239 (F.C.A.); *Ferrow v. Minister of Employment and Immigration*, [1983] 1 F.C. 679; (1983), 144 D.L.R. (3d) 364; [1983] 3 W.W.R. 289; 46 N.R. 299 (C.A.); *In re Anti-dumping Act and in re Danmor Shoe Co. Ltd.*, [1974] 1 F.C. 22; (1974), 1 N.R. 422 (C.A.).

tion qui autorisent la tenue d’une audience pour statuer sur l’existence d’une preuve crédible ou digne de foi sont rendues inopérantes par l’art. 52 de la Loi constitutionnelle — Défaut d’obtenir l’autorisation requise pour entamer les procédures — Il ne s’agit pas d’une «décision définitive» susceptible de a révision en vertu de l’art. 28.

Droit constitutionnel — Recours — Argument selon lequel la demande présentée sous le régime de l’art. 28 de la Loi sur la Cour fédérale en vue d’obtenir la révision de la décision d’un tribunal chargé de se prononcer sur le statut de réfugié étant fondée sur l’art. 24 de la Charte, il ne faut pas tenir compte de l’obligation d’obtenir l’autorisation prévue par la Loi sur l’immigration — La prétention du requérant procède d’un faux raisonnement — Ayant choisi de demander une réparation aux termes de la Charte dans le cadre d’une instance autorisée par la Loi sur l’immigration, le requérant est lié par la condition préalable, soit l’obtention d’une autorisation — L’art. 24 permet d’accorder un redressement lorsque la Cour est régulièrement saisie.

d LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 24.
Code canadien du travail, L.R.C. (1985), chap. L-2, art. 22.
Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, chap. 33.
Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 52.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.
Loi sur l’immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 46, 82.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 19; L.C. 1990, chap. 8, art. 53).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Brennan c. La Reine, [1984] 2 C.F. 799; (1985), 85 CLLC 17,006; 57 N.R. 116 (C.A.); *Armada Communications Ltd. c. Arbitre (Loi sur l’immigration)*, [1991] 3 C.F. 242 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Bains c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration) (1990), 47 Admin L.R. 317; 8 Imm. L.R. (2d) 165; 109 N.R. 239 (C.A.F.); *Ferrow c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1983] 1 C.F. 679; (1983), 144 D.L.R. (3d) 364; [1983] 3 W.W.R. 289; 46 N.R. 299 (C.A.); *In re la Loi antidumping et in re Danmor Shoe Co. Ltd.*, [1974] 1 C.F. 22; (1974), 1 N.R. 422 (C.A.).

REFERRED TO:

Mills v. The Queen, [1986] 1 S.C.R. 863; (1986), 29 D.L.R. (4th) 161; 26 C.C.C. (3d) 481; 52 C.R. (3d) 1; 21 C.R.R. 76; 67 N.R. 241; 16 O.A.C. 81.

COUNSEL:

Barbara L. Jackman and *Gladys MacPherson* for applicant.
Donald A. MacIntosh and *Deirdre A. Rice* for respondent.

SOLICITORS:

Jackman, Joseph & Associates, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MAHONEY J.A.: The applicant was ordered to show cause why his section 28 application ought not be quashed because it was made without the leave required by subsection 82.1(1) of the *Immigration Act*¹ having been first sought and obtained and because it is directed at a decision not subject of review under section 28 of the *Federal Court Act*.² That decision was made by a tribunal consisting of an adjudicator and a member of the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board conducting a proceeding under section 46 of the *Immigration Act* to determine whether there was any credible or trustworthy evidence on which the applicant might be found by the Division to be a Convention refugee. The applicant applied to the tribunal, pursuant to subsection 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]], for a declaration that, either generally or in the particular circumstances, the provisions of the *Immigration Act* authorizing it to conduct the proceeding in issue were rendered inoperative by section 52 of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. The tribunal held that they

DÉCISION CITÉE:

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.

AVOCATS:

Barbara L. Jackman et *Gladys MacPherson* pour le requérant.
Donald A. MacIntosh et *Deirdre A. Rice* pour l'intimé.

PROCUREURS:

Jackman, Joseph & Associates, Toronto, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: Il a été ordonné au requérant de démontrer la raison pour laquelle sa demande fondée sur l'article 28 ne devait pas être annulée puisqu'elle a été faite sans l'autorisation préalable requise par le paragraphe 82.1(1) de la *Loi sur l'immigration*¹ et qu'elle vise une décision non susceptible de révision aux termes de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*². Le tribunal, composé d'un arbitre et d'un membre de la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, a rendu sa décision alors qu'il agissait en vertu de l'article 46 de la *Loi sur l'immigration* afin de statuer sur l'existence d'une preuve crédible ou digne de foi sur laquelle la section pouvait s'appuyer pour accorder au requérant le statut de réfugié au sens de la Convention. Le requérant s'est adressé au tribunal, conformément au paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], afin d'obtenir une déclaration portant que, soit en général ou en l'occurrence, les dispositions de la *Loi sur l'immigration* autorisant le tribunal à instruire l'instance en litige étaient rendues inopérantes par l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de*

¹ R.S.C., 1985, c. I-2, as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1990, c. 8, s. 53.

² R.S.C., 1985, c. F-7.

¹ L.R.C. (1985), chap. I-2, édicté par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 19; L.C. 1990, chap. 8, art. 53.

² L.R.C. (1985), chap. F-7.

were not rendered inoperative and then proceeded to determine that there was no such credible or trustworthy evidence.

Four other matters were argued together with this and a fifth serially to it. In each, the section 28 originating notice had been filed without leave having first been obtained and in each it had been decided, in the course of the proceedings below, that section 52 did not operate to preclude a continuation of those proceedings. In *Sankar v. M.E.I.*, file A-857-91, a show cause order had also been issued and the proceedings below were before a tribunal. In *Santana v. M.E.I.*, file A-761-91, a show cause order had been made but the section 28 application concerned the decision of an adjudicator alone conducting an inquiry under section 44 of the Transitional Provisions of the Act. In *Savicoglu v. M.E.I.*, file A-747-91 and *Ramnath et al. v. M.E.I.*, file A-765-91, the proceedings below were conducted under section 46 of the Act but the matters were before us on motions by the respondent to quash, not show cause orders. Finally, in the case heard serially, file A-696-91, which was before us on a show cause order and is subject of a protective order, the proceedings were before the Convention Refugee Determination Division itself under section 69.1 of the Act and have not been concluded, as have the others, by a decision as to the right of that applicant to remain in Canada.

None of those differences are material to the issues now required to be dealt with. The jurisdiction of the decision-making body to make the section 52 decision is not presently in issue. In each case, the section 52 decision was sought because of alleged delay in processing a refugee claim and the consequent alleged violation of rights guaranteed by sections 7 and 12 of the Charter. The issues are:

1982 sur le Canada, 1982, chap 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. Le tribunal a conclu qu'elles n'étaient pas inopérantes et il a alors statué que la preuve n'était pas crédible ou digne de foi.

Les débats ont également porté sur quatre autres questions, et une cinquième par la suite. Pour chacune d'elles, l'avis introductif d'instance de l'article 28 a été déposé sans qu'une autorisation ne soit d'abord obtenue, et dans chacune d'elles, il a été décidé, au cours de la procédure en première instance, que l'article 52 n'avait pas pour effet d'empêcher la continuation de celles-ci. Dans l'affaire *Sankar c. M.E.I.*, dossier A-857-91, une ordonnance justificative a également été rendue, et un tribunal a été saisi de la procédure en première instance. Dans l'affaire *Santana c. M.E.I.*, dossier A-761-91, une ordonnance justificative a été rendue, mais la demande fondée sur l'article 28 visait la décision prise par un arbitre seul tenant une enquête en vertu de l'article 44 des dispositions transitoires de la Loi. Dans les affaires *Savicoglu c. M.E.I.*, dossier A-747-91 et *Ramnath et autres c. M.E.I.*, dossier A-765-91, la procédure en première instance a été tenue en vertu de l'article 46 de la Loi, mais nous avons été saisis des questions au moyen de requêtes en annulation de l'intimé, et non en vertu d'ordonnances justificatives. Enfin, dans l'affaire entendue par la suite, dossier A-696-91, dont nous avons été saisis en vertu d'une ordonnance justificative et qui est assujettie à une ordonnance préventive, la procédure a été soumise à la section du statut de réfugié elle-même en vertu de l'article 69.1 de la Loi et elle ne s'est pas soldée, contrairement aux autres, par une décision statuant sur le droit du requérant à demeurer au Canada.

Ces différences ne sont pas essentielles aux questions qu'il faut maintenant trancher. La compétence de l'organisme doté du pouvoir décisionnel de trancher une question en vertu de l'article 52 n'est pas en litige en l'espèce. Dans chaque cas, on a demandé qu'une décision soit rendue conformément à l'article 52 en raison d'un présumé retard dans le traitement de la revendication du statut de réfugié, et donc de ce qui serait la violation présumée des droits garantis par les articles 7 et 12 de la Charte. Les questions sont les suivantes:

1. Does the requirement of section 82.1 of the *Immigration Act* apply to require an applicant to seek and obtain leave to commence a proceeding under section 28 of the *Federal Court Act* when the decision sought to be set aside is either a refusal to declare inoperative the legislative provisions from which the decision-making body derives its authority or a refusal to invoke a constitutional exception in the particular circumstances; and

2. Is such a decision a “final decision” and thus subject to review under section 28?

In *Bains v. Canada (Minister of Employment & Immigration)*,³ the Court held that the requirement of section 83.1 of the Act that leave to appeal be obtained did not impair rights guaranteed refugee claimants under either section 7 or 15 of the Charter. The applicant, however, argues that the fact that the decision sought to be set aside is a determination of Charter guaranteed rights, not rights arising under the *Immigration Act*, distinguishes the present case from *Bains*. He argues that while the 28 application concerns the *Immigration Act* it is not brought under it; rather it is brought under section 24 of the Charter and the leave requirement of the *Immigration Act* cannot impede it.

In my opinion there is a transparent fallacy in the basic assumption on which the applicant’s argument is premised. The remedy sought is certainly about the *Immigration Act* but, equally, it is sought under the *Immigration Act* because it is section 82.1 of that Act⁴ as well as section 28 of the *Federal Court Act* that authorizes the proceeding the applicant has purported to initiate. Section 82.1 expressly modifies the right to seek judicial review otherwise provided by section 28. This Court can no more ignore section 82.1 in dealing with an application under section 28 seeking to set aside a decision or order made under

³ (1990), 47 Admin. L.R. 317 (F.C.A.).

⁴ 82.1 (1) An application for judicial review under the *Federal Court Act* with respect to any decision or order made, or any matter arising, under this Act or the rules or regulations thereunder may be commenced only with leave of a judge of the Federal Court—Trial Division or Federal Court of Appeal, as the case may be.

1. L’exigence de l’article 82.1 de la *Loi sur l’immigration* oblige-t-elle le requérant à demander et à obtenir l’autorisation d’introduire une instance aux termes de l’article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* lorsque la décision qu’il désire faire annuler est soit un refus de déclarer inopérantes les dispositions législatives dont l’organisme décisionnel tire son pouvoir ou un refus d’exciper d’une exception d’ordre constitutionnel dans les circonstances de l’espèce;

2. S’agit-il d’une «décision définitive» susceptible d’une révision en vertu de l’article 28?

Dans l’arrêt *Bains c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*³, la Cour a jugé que l’obligation d’obtenir l’autorisation d’en appeler prévue à l’article 83.1 de la Loi ne porte pas atteinte aux droits garantis aux revendicateurs de statut de réfugié par les articles 7 ou 15 de la Charte. Le requérant prétend toutefois que puisque la décision attaquée porte sur des droits garantis par la Charte et non sur des droits découlant de la *Loi sur l’immigration*, la présente affaire se distingue de l’affaire *Bains*. Il prétend que bien que la demande fondée sur l’article 28 concerne la *Loi sur l’immigration*, elle n’est pas soumise en vertu de cette Loi; elle l’est plutôt en vertu de l’article 24 de la Charte et l’obligation d’obtenir une autorisation prévue par la *Loi sur l’immigration* ne peut y faire obstacle.

À mon avis, l’hypothèse fondamentale sur laquelle le requérant appuie sa prétention procède d’un faux raisonnement évident. La réparation recherchée concerne certainement la *Loi sur l’immigration*, mais elle est également recherchée en vertu de cette Loi puisque son article 82.1⁴, et l’article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* autorisent la tenue de l’instance que le requérant a prétendu introduire. L’article 82.1 modifie expressément le droit de demander une révision judiciaire par ailleurs prévu à l’article 28. Cette Cour doit tout autant tenir compte de l’article 82.1 lorsqu’elle est saisie d’une demande fondée sur l’article

³ (1990), 47 Admin. L.R. 317 (C.A.F.).

⁴ 82.1 (1) La présentation d’une demande de contrôle judiciaire aux termes de la *Loi sur la Cour fédérale* ne peut, pour ce qui est des décisions ou ordonnances rendues ou mesures prises dans le cadre de la présente loi ou de ses textes d’application—règlements ou règles—ou de toute question soulevée dans ce cadre, se faire qu’avec l’autorisation d’un juge de la Section de première instance de la Cour fédérale ou de la Cour d’appel fédérale, selon le cas.

the *Immigration Act* than, for example, it can ignore the privative provisions of subsection 22(1) of the *Canada Labour Code*⁵ in dealing with a section 28 application seeking to set aside a decision under Part I of the Code. Having chosen to seek his Charter remedy by a proceeding authorized by the *Immigration Act* rather than, for example, suing for a declaration of those rights, the applicant is bound by the condition precedent that he obtain leave to so proceed. It is well established that neither subsection 24(1) of the Charter nor subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982* of themselves give jurisdiction to a Court.⁶ Rather subsection 24(1) gives a remedial power, and subsection 52(1) a declaratory power, to be exercised in disposing of matters properly before the Court. A decision or order, whether it concerns the Constitution or not, is made under the *Immigration Act* when it is made by a tribunal that derives its authority to make decisions or orders from that Act. In the absence of leave obtained, this Court is without jurisdiction to entertain a section 28 application in respect of a decision or order made under the *Immigration Act*.

The remaining issue is whether the decision that section 52 did not render inoperative the provisions of the *Immigration Act* under which the particular tribunal was proceeding was a "decision" within the contemplation of section 28 at all. The authorities to that time were extensively canvassed in *Ferrow v. Minister of Employment and Immigration*.⁷ Thurlow C.J., delivering the judgment of the Court, adopted, at page 687, an earlier statement of the law.

... that what is meant by "decision or order" in [subsection 28(1) of] the *Federal Court Act* is the ultimate decision or order taken or made by the tribunal under its statute.

The applicant sees, in more recent decisions, a departure from that definition. He is right.

⁵ R.S.C., 1985, c. L-2.

⁶ *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863.

⁷ [1983] 1 F.C. 679 (C.A.).

28 cherchant à annuler une décision ou ordonnance rendue en application de la *Loi sur l'immigration*, qu'elle doit tenir compte, notamment, des dispositions privatives du paragraphe 22(1) du *Code canadien du travail*⁵ lorsqu'elle est saisie d'une demande fondée sur l'article 28 visant à faire annuler une décision rendue en vertu de la Partie I du Code. Puisqu'il a choisi de demander une réparation aux termes de la Charte dans le cadre d'une instance autorisée par la *Loi sur l'immigration* plutôt que, par exemple, d'introduire une action afin d'obtenir une déclaration portant sur ces droits, le requérant est lié par la condition préalable selon laquelle il est tenu d'obtenir une autorisation pour procéder ainsi. Il est bien établi que ni le paragraphe 24(1) de la Charte ni le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne rendent d'eux-mêmes un tribunal compétent⁶. Le paragraphe 24(1) prévoit plutôt un pouvoir de réparation et le paragraphe 52(1) un pouvoir de déclaration qui doivent être exercés par la Cour lorsqu'elle se prononce sur les questions dont elle est régulièrement saisie. Une décision ou ordonnance, qu'elle porte sur la Constitution ou non, est rendue en application de la *Loi sur l'immigration* lorsqu'elle est rendue par un tribunal tirant son pouvoir décisionnel de cette Loi. En l'absence d'une autorisation, cette Cour n'est pas compétente à entendre une demande fondée sur l'article 28 à l'égard d'une décision ou ordonnance rendue en application de la *Loi sur l'immigration*.

La dernière question à trancher consiste à savoir si la décision selon laquelle l'article 52 ne rendait pas inopérantes les dispositions de la *Loi sur l'immigration* en vertu desquelles le tribunal en question agissait était en fait une «décision» au sens de l'article 28. La jurisprudence antérieure a été examinée minutieusement dans l'arrêt *Ferrow c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*⁷. Le juge en chef Thurlow, se prononçant au nom de la Cour, a adopté, à la page 687, un exposé antérieur du droit selon lequel

... dans le contexte de la *Loi sur la Cour fédérale* [paragraphe 28(1)], il s'agit d'une décision ou ordonnance ultime prise ou rendue par le tribunal en vertu de sa constitution.

Le requérant croit, à juste titre, que les jugements plus récents s'écartent de cette définition.

⁵ L.R.C. (1985), chap. L-2.

⁶ *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863.

⁷ [1983] 1 C.F. 679 (C.A.).

He refers to *Armada Communications Ltd. v. Adjudicator (Immigration Act)*,⁸ which dealt with the decision of an adjudicator to exclude members of the press and public who wished to be present at an inquiry. The applicants there were representatives of the media. The decision to exclude them was finally determinative of all their substantive rights in so far as the inquiry was concerned even though it was not the ultimate decision authorized to be made by the adjudicator.

He also refers to *Brennan v. The Queen*,⁹ where, in dissent on the point, Thurlow C.J., reiterated the conclusion he had reached in *Ferrow*. That case was concerned with the decision of a Review Tribunal constituted under the *Canadian Human Rights Act*,¹⁰ which had reversed the finding of a Tribunal that the employer of the person found to have committed a discriminatory act was not, itself, responsible for that act. The Tribunal and Review Tribunal had dealt only with the liability of the discriminating employee and his employer and not with the complainant's entitlement to damages.

MacGuigan J.A., accepted, as the "best analysis of the relevant policy considerations in play" [at page 832], the following statement by Jackett C.J., in *In re Anti-dumping Act and in re Danmor Shoe Co. Ltd.*¹¹

In my view, the object of sections 18 and 28 of the *Federal Court Act* is to provide a speedy and effective judicial supervision of the work of federal boards, commissions and other tribunals with a minimum of interference with the work of those tribunals. Applying section 11 of the *Interpretation Act*, with that object in mind, to the question raised by these section 28 applications, it must be recognized that the lack of a right to have the Court review the position taken by a tribunal as to its jurisdiction or as to some procedural matter, at an early stage in a hearing, may well result, in some cases, in expensive hearings being abortive. On the other hand, a right, vested in a party who is reluctant to have the tribunal finish its job, to have the Court review separately each position taken, or ruling made, by a tribunal in the course of a long hearing would, in

Il fait référence à l'arrêt *Armada Communications Ltd. c. Arbitre (Loi sur l'immigration)*⁸, qui traitait de la décision d'un arbitre d'exclure les membres de la presse et le public qui désiraient assister à une enquête. Les requérants, dans ce cas, étaient des représentants des médias. Par sa décision de les exclure, l'arbitre a statué définitivement sur tous leurs droits fondamentaux relativement à l'enquête, bien qu'il ne s'agît pas de la décision finale qu'il était autorisé à rendre.

Le requérant renvoie également à l'arrêt *Brennan c. La Reine*⁹, dans lequel, dissident sur le point, le juge en chef Thurlow a réitéré la conclusion à laquelle il était arrivé dans l'arrêt *Ferrow*. Cette affaire portait sur une décision rendue par un tribunal d'appel constitué en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*¹⁰, ayant infirmé la conclusion d'un tribunal selon laquelle l'employeur de la personne reconnue coupable d'avoir commis des actes discriminatoires n'est pas lui-même responsable de ces actes. Le tribunal et le tribunal d'appel n'ont traité que de la responsabilité de l'employé qui a agi de façon discriminatoire et de celle de son employeur, et non du droit de la plaignante à être indemnisée.

Le juge MacGuigan, J.C.A., a vu [à la page 832] dans la déclaration suivante faite par le juge en chef Jackett dans l'arrêt *In re la Loi antidumping et in re Danmor Shoe Co. Ltd.*¹¹ la «meilleure analyse des considérations de principe en jeu»:

À mon avis le but des articles 18 et 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* est de fournir un contrôle judiciaire rapide et efficace des travaux des offices, commissions ou autres tribunaux fédéraux avec une ingérence minimale dans ces travaux. Si, en tenant compte de ce point de vue, on applique l'article 11 de la *Loi d'interprétation* à la question soulevée par les demandes fondées sur l'article 28, il faut reconnaître que le fait que la Cour n'a pas le pouvoir d'examiner la position prise par un tribunal quant à sa propre compétence ou quant à des questions de procédure au tout début de l'audience peut entraîner, dans certains cas, la tenue d'auditions coûteuses qui seraient sans issue. Par contre, si une des parties, peu désireuse de voir le tribunal s'acquitter de sa tâche, avait le droit de demander à la Cour d'examiner séparément chaque position prise ou chaque

⁸ [1991] 3 F.C. 242 (C.A.).

⁹ [1984] 2 F.C. 799 (C.A.).

¹⁰ S.C. 1976-77, c. 33.

¹¹ [1974] 1 F.C. 22 (C.A.), at p. 34.

⁸ [1991] 3 C.F. 242 (C.A.).

⁹ [1984] 2 C.F. 799 (C.A.).

¹⁰ S.C. 1976-77, chap. 33.

¹¹ [1974] 1 C.F. 22 (C.A.), à la p. 34.

effect, be a right vested in such a party to frustrate the work of the tribunal.

MacGuigan J.A., concluded on this issue, at page 833,

I therefore hold that the partial decision by the Review Tribunal here, since it is clearly intended to be a final decision on the issues considered, is a reviewable decision under subsection 28(1) of the *Federal Court Act*. This is not to say that any intermediate decision of a tribunal qualifies for review under subsection 28(1), but rather that a clearly final decision on all issues short only of the remedy or relief should so qualify, since by such a decision the substantive question before the tribunal is finally disposed of.

Pratte J.A., while he did not subscribe to the reasons of MacGuigan J.A., did agree that the decision was reviewable under section 28.

A decision is reviewable under section 28 not only, as held by the earlier jurisprudence, if it is the decision the tribunal has been mandated by Parliament to make, but also if it is a final decision that disposes of a substantive question before the tribunal. There may be more than one substantive question before a tribunal and, as in *Brennan*, the tribunal may so conduct its proceedings that it finally decides one of them to the exclusion of one or more others. That is not what the present tribunal did.

A constitutional question, inherently important as it is, is not necessarily a substantive question before a given tribunal and, in my opinion, the constitutional question was not among the substantive questions before the tribunal here. It went to the right of the tribunal to conduct its proceedings, not to any substantive right of the applicant that was in issue. All it finally decided was that the proceeding would continue. Since the decision of the tribunal as to the constitutional question was not a final decision within the contemplation of subsection 28(1), the decision is not subject to section 28 review.

I would quash the section 28 application in each of these cases for want of jurisdiction in the Court to entertain it by reason both of the absence of leave to

décision rendue par un tribunal, lors de la conduite d'une longue audience, elle aurait en fait le droit de faire obstacle au tribunal.

^a Le juge MacGuigan, J.C.A., a tranché la question à la page 833:

^b Je statue donc que, parce qu'elle était manifestement destinée à constituer une décision finale sur les questions examinées, la décision partielle du tribunal d'appel en l'espèce peut faire l'objet d'un examen en vertu du paragraphe 28(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Cela ne signifie pas que toute décision interlocutoire d'un tribunal peut faire l'objet d'un examen en vertu du paragraphe 28(1), mais plutôt qu'une décision qui tranche manifestement toutes les questions soumises sauf celle relative à la réparation ou à l'indemnisation devrait faire l'objet d'un tel examen étant donné que, par cette décision, le tribunal tranche de manière définitive la question de fond dont il a été saisi.

^c Le juge Pratte, J.C.A., bien que ne souscrivant pas aux motifs du juge MacGuigan, J.C.A., a toutefois convenu que la décision était susceptible de révision aux termes de l'article 28.

^d Une décision est susceptible de révision aux termes de l'article 28 non seulement, comme la jurisprudence antérieure l'a énoncé, s'il s'agit d'une décision que, par ordre du Parlement, le tribunal est tenu de rendre, mais aussi s'il s'agit d'une décision définitive qui tranche une question fondamentale soumise au tribunal. Celui-ci peut être saisi de plus d'une question fondamentale et, à l'instar de l'affaire *Brennan*, il peut instruire une affaire de façon à ne trancher que l'une d'elles à l'exclusion d'une ou de plusieurs autres. Le tribunal en l'espèce n'a pas agi ainsi.

^e La question constitutionnelle, importante en elle-même, n'est pas nécessairement une question fondamentale soumise à un tribunal donné et, à mon avis, elle ne faisait pas partie des questions fondamentales soumises au tribunal en l'espèce. Elle portait sur le droit du tribunal de diriger ses procédures, et non sur les droits fondamentaux en litige garantis au requérant. Le tribunal s'est finalement contenté de décider que l'instance se poursuivrait. Puisque la décision du tribunal à l'égard de la question constitutionnelle n'était pas définitive au sens du paragraphe 28(1), elle n'est pas susceptible de révision aux termes de l'article 28.

^f Je serais d'avis d'annuler la demande fondée sur l'article 28 dans chaque cas au motif que la Cour n'est pas compétente à l'entendre en raison de l'ab-

commence the proceeding and the decision sought to be set aside not being a decision subject of review under section 28. Except as to file A-696-91, I would make the order quashing the application without prejudice to the right of each applicant, if so advised, to seek an extension of time to apply for leave to bring a section 28 application in respect of the final decision of the tribunal. I would further order that a copy of these reasons be filed in each of the other matters above referred to and serve as the reasons for judgment therein.

DESJARDINS J.A.: I concur.

LINDEN J.A.: I agree.

sence d'autorisation d'introduire l'instance et du fait que la décision qu'on cherche à faire annuler n'est pas susceptible de révision aux termes de l'article 28. À l'exception du dossier A-696-91, je serais d'avis de rendre l'ordonnance annulant la demande sans porter atteinte au droit de chaque requérant, s'il le juge opportun, de solliciter une prorogation de délai en vue de demander l'autorisation de présenter une demande fondée sur l'article 28 à l'égard de la décision définitive rendue par le tribunal. J'ordonnerais également qu'une copie de ces motifs soit déposée dans chaque affaire mentionnée ci-dessus à titre de motifs du jugement.

^a LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

^b LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

A-841-91

A-841-91

Gayle Kathleen Horii (*Appellant*) (*Plaintiff*)Gayle Kathleen Horii (*appelante*) (*demanderesse*)

v.

c.

Her Majesty the Queen, the Attorney General of Canada, the Solicitor General of Canada, the Commissioner of Corrections, the Deputy Commissioner of Corrections (Pacific), the Institutional Head of Matsqui Institution, the Institutional Head of Ferndale Institution (*Respondents*) (*Defendants*)

^a Sa Majesté La Reine, le Procureur général du Canada, le Solliciteur général du Canada, le Commissaire aux Services correctionnels, le Sous-Commissaire aux Services correctionnels (Pacific), le directeur de l'Établissement de Matsqui, le directeur de l'établissement de Ferndale (*intimés*) (*défendeurs*)

INDEXED AS: *HORII v. CANADA (C.A.)*RÉPERTORIÉ: *HORII c. CANADA (C.A.)*

Court of Appeal, Heald, Hugessen and Desjardins J.J.A.—Ottawa, August 29 and September 5, 1991.

^c Cour d'appel, juges Heald, Hugessen et Desjardins, J.C.A.—Ottawa, 29 août et 5 septembre 1991.

Penitentiaries — Appeal from dismissal of application for interlocutory injunction preventing convict's involuntary transfer from Matsqui Institution to provincial women's prison at Burnaby, B.C. — Appellant serving life sentence of imprisonment — Only female inmate at Matsqui — Halfway through university degree program within institution — Program unavailable at Burnaby — Commencing action in Trial Division for declaratory and other relief alleging discrimination based on sex — Applying for interlocutory injunction when transfer date imminent — Trial Judge, in denying application, not applying tripartite test in Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd. — Allegation involuntary transfer solely because woman raising serious issue to be tried — Inability to continue studies irreparable harm not compensable in damages — Balance of convenience favouring maintenance of status quo as administrative problems of having female convict at Matsqui largely overcome.

^d *Pénitenciers — Appel contre le rejet d'une demande d'injonction interlocutoire visant à empêcher le transfèrement non sollicité de la détenue de l'établissement de Matsqui à la prison provinciale pour femmes de Burnaby (C.-B.) — L'appelante purge une peine d'emprisonnement à perpétuité — Seule femme détenue à Matsqui — À mi-chemin du programme universitaire offert dans l'établissement — Programme non offert à Burnaby — Action intentée devant la Section de première instance aux fins d'obtenir un jugement déclaratoire et autre réparation au motif de discrimination fondée sur le sexe — Demande d'injonction interlocutoire à l'approche de la date du transfèrement — Le juge de première instance, en rejetant la demande, n'a pas appliqué le critère à trois volets énoncé dans l'arrêt Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd. — L'allégation que l'appelante risque d'être transférée contre son gré seulement parce qu'elle est une femme soulève une question sérieuse à juger — L'incapacité pour l'appelante de poursuivre ses cours constitue un préjudice irréparable qui ne pourrait être compensé par des dommages-intérêts — La prépondérance des inconvénients favorise le maintien de la situation actuelle puisque les inconvénients administratifs entraînés par la présence d'une détenue à Matsqui ont été en grande partie surmontés.*

Judicial review — Equitable remedies — Injunctions — Penitentiaries — Transfer to provincial institution, because sole female inmate at Matsqui Institution precluding continuation of university studies — Action for declaratory and other relief alleging discrimination based on sex — Trial Judge denying interlocutory injunction as (1) Court should not interfere with daily operation of institutions; (2) matters in state of flux (original concern transfer to maximum security proved unfounded); (3) harm speculative as in future; and (4) constitutional questions should not be decided on interlocutory application — Appeal allowed — (1) Whether unfavourable treatment based on sex part of daily operation of institution irrelevant to injunction application — (2) That one of appellant's concerns unfounded not reason to dismiss others as groundless — Uncontradicted evidence university courses unavailable at

^e *Contrôle judiciaire — Recours en equity — Injunctions — Pénitenciers — Si l'appelante est transférée dans un établissement provincial au motif qu'elle est la seule femme détenue à l'Établissement de Matsqui, elle ne pourra poursuivre ses études universitaires — Action aux fins d'obtenir un jugement déclaratoire et autre réparation au motif de discrimination fondée sur le sexe — Le juge de première instance a refusé la demande d'injonction interlocutoire car (1) la Cour ne devrait pas intervenir dans la direction courante des établissements; (2) la situation évolue encore (certaines des préoccupations initiales relativement au transfèrement dans un établissement à sécurité maximale se sont révélées non fondées); (3) le préjudice est conjectural parce qu'il se situe dans le futur; et (4) les questions constitutionnelles ne doivent pas être tranchées dans le cadre d'une demande d'injonction interlocutoire — Appel*

provincial institution — (3) Harm not speculative because in future — Need not wait for damage to occur before seeking injunction, purpose of which to prevent harm — Likelihood of harm important — (4) Application not attacking constitutionality of legislation but respondent's proposed actions — Trial Judge failing to apply test in *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*

Practice — Judgments and orders — Trial Judge orally dismissing interlocutory injunction application without endorsing record or filing document to that effect — Creating problem for parties as no judgment to appeal from — Duty of presiding judge to pronounce judgment by separate document (R. 337(2)(a)) or by endorsing it on record (R. 337(7)).

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 747.
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 337(2),(7).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd., [1987] 1 S.C.R. 110; (1987), 38 D.L.R. (4th) 321; [1987] 3 W.W.R. 1; 46 Man. R. (2d) 241; 25 Admin. L.R. 20; 87 CLLC 14,015; 18 C.P.C. (2d) 273; 73 N.R. 341.

REFERRED TO:

Yri-York Ltd. v. Canada (Attorney General), [1988] 3 F.C. 186; (1988), 30 Admin. L.R. 1; 16 F.T.R. 319; 83 N.R. 195 (C.A.); *Turbo Resources Ltd. v. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 F.C. 451; (1989), 22 C.I.P.R. 172; 24 C.P.R. (3d) 1; 91 N.R. 341 (C.A.).

COUNSEL:

John W. Conroy for appellants (plaintiff).

Mary A. Humphries for respondents (defendants).

accueilli — (1) Qu'un traitement défavorable pour un motif fondé sur le sexe se soit produit dans le contexte de la direction courante de l'établissement n'a aucune incidence sur la demande d'injonction interlocutoire — (2) Le fait que l'une des préoccupations de l'appelante se soit révélée non fondée ne permet pas de rejeter les autres au motif qu'elles seront également sans fondement — Preuve non contredite que les cours universitaires ne seraient pas offerts dans l'établissement provincial — (3) Le fait que le préjudice se situe dans le futur ne le rend pas conjectural — Pas besoin d'attendre de subir le préjudice avant de demander une injonction, dont l'objet est d'empêcher le préjudice — Importance de la vraisemblance de préjudice — (4) La demande n'attaque pas la constitutionnalité d'une disposition législative, mais les mesures que se proposent de prendre les intimés — Le juge de première instance n'a pas tenu compte du critère énoncé dans l'arrêt *Manitoba (Procureur Général) c. Metropolitan Stores Ltd.*

Pratique — Jugements et ordonnances — Le juge de première instance a rejeté à l'audience la demande d'injonction interlocutoire sans inscrire son jugement sur un document du dossier ou déposer un document à cet effet — Source de difficulté pour les parties puisqu'il n'y avait pas de jugement à porter en appel — Obligation du juge présidant de prononcer le jugement dans un document distinct (Règle 337(2)a) ou de l'inscrire sur un document du dossier (Règle 337(7)).

LOIS ET RÈGLEMENTS

Code criminel, L.R.C. (1985), chap. C-46, art. 747.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 337(2),(7).

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd., [1987] 1 R.C.S. 110; (1987), 38 D.L.R. (4th) 321; [1987] 3 W.W.R. 1; 46 Man. R. (2d) 241; 25 Admin. L.R. 20; 87 CLLC 14,015; 18 C.P.C. (2d) 273; 73 N.R. 341.

DÉCISIONS CITÉES:

Yri-York Ltd. c. Canada (Procureur général), [1988] 3 C.F. 186; (1988), 30 Admin. L.R. 1; 16 F.T.R. 319; 83 N.R. 195 (C.A.); *Turbo Resources Ltd. c. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 C.F. 451; (1989), 22 C.I.P.R. 172; 24 C.P.R. (3d) 1; 91 N.R. 341 (C.A.).

AVOCATS:

John W. Conroy pour l'appelante (demanderesse).

Mary A. Humphries pour les intimés (défendeurs).

SOLICITORS:

Conroy & Company, Abbotsford, B.C., for appellant (plaintiff).

Deputy Attorney General of Canada for respondents (defendants).^a

The following are the reasons for judgment rendered in English by

HUGESSEN J.A.: This is an appeal from a decision of the Associate Chief Justice [T-1435-91] announced from the bench on July 24, 1991, but only formally pronounced and entered on August 13, 1991. By the order under appeal the Associate Chief Justice dismissed the appellant's application for an interlocutory injunction.^b

The appellant is serving a life term for second degree murder. Under the terms of her sentence she will not be eligible for parole until February 27, 1996. By the operation of section 747 of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] she cannot be paroled before that date and cannot be granted an absence without escort or day parole prior to February 27, 1993. Even absences under escort prior to that date require the approval of the National Parole Board.^c

For a little more than two and a half years, since February, 1989, the appellant has been serving her sentence at Matsqui Institution in British Columbia. Matsqui is normally a men's prison but it is not unheard of for women from the British Columbia area to serve some part of their time there. The appellant's situation is thus exceptional but not unique.^d She is housed in the hospital area of the prison and, apart from a curtain covering the outside window of her cell door, no special physical disposition has been required to accommodate her. There is evidence, however, that the presence of a woman inmate in a male institution has caused some difficulties to the authorities from the point of view of supervision and security. While she is presently the only woman prisoner in Matsqui, she is, by no means, the only woman on the site since the institution's staff is made up of members of both sexes.^e

PROCUREURS:

Conroy & Company, Abbotsford, C.-B., pour l'appelante (demanderesse).

Le sous-procureur général du Canada pour les intimés (défendeurs).^a

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

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: Il s'agit d'un appel contre une décision du juge en chef adjoint [T-1435-91] annoncée à l'audience le 24 juillet 1991, mais officiellement prononcée et entérinée le 13 août 1991. Dans l'ordonnance visée par le présent appel, le juge en chef adjoint a rejeté la demande d'injonction interlocutoire de l'appelante.^b

L'appelante purge une peine d'emprisonnement à perpétuité pour meurtre au deuxième degré. En vertu des conditions de sa peine, elle ne sera admissible à la libération conditionnelle que le 27 février 1996. Par l'effet de l'article 747 du *Code criminel* [L.R.C. (1985), chap. C-46], elle ne peut bénéficier d'une libération conditionnelle avant cette date et il ne peut lui être accordé de sortie sans surveillance ni de semi-liberté avant le 27 février 1993. Même les sorties sous surveillance avant cette date doivent être approuvées par la Commission nationale des libérations conditionnelles.^c

Depuis un peu plus de deux ans et demi, soit depuis février 1989, l'appelante purge sa peine à l'établissement de Matsqui en Colombie-Britannique. L'établissement de Matsqui est normalement une prison pour hommes, mais il arrive que des femmes de Colombie-Britannique y purgent une partie de leur peine. La situation de l'appelante est donc exceptionnelle, mais non unique. Elle est hébergée dans une partie de l'hôpital de la prison et, à part le rideau accroché à l'extérieur de la fenêtre de la porte de la cellule, aucune autre installation matérielle spéciale n'a été nécessaire pour l'accueillir. Toutefois, il existe des éléments de preuve que la présence d'une femme détenue dans un établissement pour hommes a posé certaines difficultés aux autorités du point de vue de la supervision et de la sécurité. Bien qu'elle soit actuellement la seule femme détenue à l'établissement de Matsqui, elle est loin d'être la seule femme sur les lieux puisque le personnel de l'établissement est mixte.^d

While at Matsqui, the appellant has benefited fully and with outstanding success from the university program offered within the institution by Simon Fraser University. This program involves classes given in the institution with personal interaction between professors and students. The appellant has been the highest achiever in that program and has won four awards for highest grades. She has presently acquired sixty-seven credits towards the one hundred and thirty-two required for an honours degree in sociology.

On April 30, 1991, the appellant was notified that she was to be the subject of an involuntary transfer to the Burnaby Correctional Centre for Women, a provincial prison. She objected to the proposed transfer claiming among other things that the programs available to her at Matsqui, especially the university program, would not be available to her in the provincial facility. She grieved the proposed transfer on the basis that her privileges and access to programs would be impaired strictly because of her sex. The proposal to transfer her was maintained by the correctional authorities.

On May 31, 1991, the appellant launched an action in the Trial Division in which she sought declaratory relief, *mandamus* and injunction. On June 7, 1991, her transfer date being imminent, she applied for an interlocutory injunction to prevent her transfer into the provincial system until the action had come to trial. The Associate Chief Justice heard that application on July 24, 1991, and it is his judgment dismissing it which is the subject of the present appeal.

It is not apparent from a reading of the reasons of the Associate Chief Justice that he had applied his mind to the now classic tripartite test for the granting of interlocutory injunctions. That test was authoritatively enunciated by the Supreme Court of Canada in *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores*

Depuis qu'elle est à Matsqui, l'appelante a bénéficié pleinement et avec un succès remarquable du programme universitaire offert aux détenus par l'université Simon Fraser. Ce programme comprend des cours donnés au sein même de l'établissement avec rapports personnels entre les professeurs et les étudiants. L'appelante a été la meilleure étudiante du programme et s'est méritée quatre prix pour les meilleures notes. Elle possède actuellement soixante-sept des cent trente-deux crédits requis pour obtenir un baccalauréat spécialisé en sociologie.

Le 30 avril 1991, l'appelante a été avisée qu'elle devait faire l'objet d'un transfèrement non sollicité au Centre correctionnel pour femmes de Burnaby, une prison provinciale. Elle s'est opposée au transfèrement notamment au motif qu'elle ne pourrait plus bénéficier au sein de l'établissement provincial des programmes qui lui sont offerts à Matsqui, et en particulier du programme universitaire. Elle s'est plainte du transfèrement proposé parce que, en raison de son sexe seulement, il serait grandement porté atteinte aux privilèges et à l'accès aux programmes dont elle bénéficie actuellement. Les autorités de l'établissement ont maintenu le transfèrement proposé.

Le 31 mai 1991, l'appelante a intenté une action devant la Section de première instance aux fins d'obtenir un jugement déclaratoire, un bref de *mandamus* et une injonction. Le 7 juin 1991, à l'approche de la date de son transfèrement, elle a fait une demande d'injonction interlocutoire visant à empêcher son transfèrement à l'intérieur du système provincial jusqu'à l'audition de l'affaire. Le juge en chef adjoint a entendu la requête le 24 juillet 1991 et l'a rejetée; c'est cette décision qui fait actuellement l'objet du présent appel.

À la lecture des motifs du juge en chef adjoint, il n'appert pas qu'il avait à l'esprit le critère, maintenant classique, à trois volets applicable lorsqu'il s'agit de décider s'il faut accorder une injonction interlocutoire. Ces critères ont été énoncés avec autorité par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt

*Ltd.*¹. It has subsequently been commented on and applied on a number of occasions in this Court of which *Yri-York Ltd. v. Canada (Attorney General)*² and *Turbo Resources Ltd. v. Petro Canada Inc.*³ are but examples. Briefly stated the three branches of the test are:

- 1) Has the applicant demonstrated that there is a serious issue to be tried?
- 2) Will the applicant suffer irreparable harm if an injunction is not granted?
- 3) Will the harm to the respondent or to the public interest in the event that an injunction is granted outweigh the harm to the applicant (the "balance of convenience")?

As I read the Associate Chief Justice's reasons, he found four grounds for refusing the injunction.

In the first place, he indicated that the Court should not be involved in "running these institutions on a day to day basis" (reasons, page 2). That sentiment, while no doubt quite proper in its place, seems to me to be quite irrelevant to the question as to whether or not an injunction should be granted. The Judge had before him an application alleging that the applicant was receiving differential and unfavourable treatment because of her sex. Whether this happened as a part of the day-to-day running of the institution or was some exceptional event has really no bearing on the matter.

Secondly, the Judge indicated that it would be improper for the Court "to enter into these matters when they are still in a state of flux" (reasons, page 3). In this, he was referring to the fact that the material before him showed that some of the concerns originally expressed by the appellant in grieving the proposed transfer had been resolved. In particular, the appellant had been given to understand, at first, that she was to be transferred into maximum security at the Burnaby Correctional Centre for Women. That would indeed have been a major blow since Matsqui is a medium security institution and the appellant her-

*Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*¹. Notre Cour a par la suite commenté et appliqué ces critères à un certain nombre de reprises, notamment, à titre d'exemple, dans les arrêts *Yri-York Ltd. c. Canada (Procureur général)*² et *Turbo Resources Ltd. c. Petro Canada Inc.*³. Voici en bref quels sont ces critères:

- 1) La partie requérante a-t-elle démontré l'existence d'une question sérieuse à juger?
- 2) La partie requérante subira-t-elle un préjudice irréparable si l'injonction n'est pas accordée?
- 3) Si l'injonction n'est pas accordée, le préjudice subi par la partie requérante sera-t-il plus important que celui de la partie intimée ou de l'intérêt public («la prépondérance des inconvénients»)?

Selon l'interprétation que je donne aux motifs du juge en chef adjoint, il s'est fondé sur quatre motifs pour refuser l'injonction.

Premièrement, il a indiqué que la Cour ne devrait pas participer à [TRADUCTION] «la direction de ces établissements d'une façon courante» (motifs, à la page 2). Ce sentiment, si juste soit-il à sa place, me semble fort peu à propos quant à savoir si une injonction devait être accordée. Le juge était saisi d'une demande alléguant que la requérante recevait un traitement différent et défavorable à cause de son sexe. Que cela se soit produit dans le contexte de la direction courante de l'établissement ou qu'il s'agisse d'un événement exceptionnel n'a aucune incidence sur la question.

Deuxièmement, le juge a indiqué qu'il ne convenait pas que la Cour [TRADUCTION] «s'ingère dans ces affaires lorsque la situation évolue encore» (motifs, à la page 3). Il faisait alors allusion au fait que le dossier révélait que certaines des préoccupations initialement exprimées par l'appelante dans la plainte relativement au transfèrement avaient été résolues. Plus particulièrement, on avait initialement laissé entendre à l'appelante qu'elle allait être transférée dans un établissement à sécurité maximale au Centre correctionnel pour femmes de Burnaby. Ce qui aurait été tout un malheur puisque l'établissement de Matsqui est un

¹ [1987] 1 S.C.R. 110.

² [1988] 3 F.C. 186 (C.A.).

³ [1989] 2 F.C. 451 (C.A.).

¹ [1987] 1 R.C.S. 110.

² [1988] 3 C.F. 186 (C.A.).

³ [1989] 2 C.F. 451 (C.A.).

self is recognized by the federal authorities to be a very low security risk, qualifying for admission to a minimum security facility. In fact, the appellant's concerns in this regard, although entirely justified by what she had been told by the authorities, turned out to be unfounded. The transfer, if it takes place, will be to the minimum security section at Burnaby.

The fact, however, that one of the appellant's major concerns turned out to be unfounded gives no reason for saying that the others are or are likely to be equally groundless. Indeed, the material before the Judge was clear and uncontradicted that the Simon Fraser University courses which were being given in classes conducted by professors coming to Matsqui Institution were not available at Burnaby and that the most she could hope for there was correspondence courses, probably from other institutions of learning.

The third ground invoked by the Judge was stated by him as follows:

The basis of the application is the fear that when the transfer is completed, the Applicant's rights will be prejudiced. That is a future event and it is a speculative fear. It is as counsel calls it, a gamble. Why should she be asked to gamble on her charter of rights? But if it remains that the simple answer in terms of law or this kind of application is that if she is in fact gambling, if it is speculation, if it is a future event, then it is premature to grant the relief sought.

(reasons, page 5)

This is manifestly wrong. The fact that the harm sought to be avoided is in the future does not make it speculative. An applicant for an injunction does not have to wait for the damage to occur before seeking relief. In fact, the principal purpose of an interlocutory injunction is to prevent threatened harm before it happens. It is the likelihood of harm, not its futurity, which is the touchstone.

Finally, the Judge said:

The basis of the relief sought is that the charter rights of this Applicant will be offended by the transfer. Clearly charter rights, charter cases, constitutional law and emergency reme-

établissement à sécurité moyenne et que les autorités fédérales considèrent que l'appelante présente un risque très peu élevé du point de vue de la sécurité, pouvant être admise dans un établissement à sécurité minimale. En fait, les préoccupations de l'appelante à cet égard, quoique entièrement justifiées par ce que lui avaient dit les autorités, se sont révélées non fondées. L'appelante serait plutôt transférée dans une section à sécurité minimale de Burnaby.

Toutefois, le fait que l'une des principales préoccupations de l'appelante se soit révélée non fondée ne permet pas d'affirmer que les autres préoccupations sont ou seront vraisemblablement également sans fondement. En fait, selon les documents que le juge avait entre les mains, il était évident que les cours offerts par l'université Simon Fraser, donnés par des professeurs se rendant à l'établissement de Matsqui, ne le seraient pas à Burnaby et que l'appelante pouvait tout au mieux espérer suivre des cours par correspondance, probablement offerts par d'autres établissements d'enseignement.

Voici le troisième motif invoqué par le juge:

Le fondement de la demande est la crainte qu'il aura été porté atteinte aux droits de la requérante une fois le transfèrement effectué. Il s'agit là d'un événement futur et d'une crainte conjecturale. Comme l'a dit l'avocat, c'est un jeu de hasard. Pourquoi devrait-on demander à la requérante de jouer sur ses droits garantis par la Charte? Toutefois, s'il demeure que la simple réponse en termes juridique ou que la requérante, dans ce genre de demande, joue au hasard, s'il s'agit d'une conjecture, s'il s'agit d'un événement futur, alors il est prématuré d'accorder la mesure de redressement demandée.

(motifs, à la page 5)

Cette affirmation est de toute évidence erronée. Le fait que le préjudice que l'on tente d'éviter se situe dans le futur ne le rend pas conjectural pour autant. L'auteur d'une demande d'injonction n'a pas besoin d'attendre de subir le préjudice avant de demander le redressement. En fait, une injonction interlocutoire vise principalement à empêcher la menace de préjudice de se réaliser. Le critère est la vraisemblance du préjudice et non son caractère futur.

Enfin, le juge a affirmé:

Le fondement du redressement recherché est qu'il y aura, en cas de transfèrement, violation des droits garantis à la requérante par la Charte de droits. De toute évidence, les droits

dies don't go hand in hand very comfortably. Constitutional questions should be settled in the comprehensive atmosphere of a trial where both facts and the law are argued very fully. Constitutional questions should not be decided unless absolutely necessary in the more urgent and foreshortened proceeding of an interlocutory application which is what this is.

(reasons, pages 6 and 7)

While it is, of course, the case that constitutional questions, like any other disputed issue of law or fact, should not be finally decided on interlocutory applications, the whole burden of the discussion of the Supreme Court in the *Metropolitan Stores* case *supra* was as to the proper approach to be taken by the Court where an interlocutory injunction is sought on the basis of an attack on the constitutionality of legislation. The present application, however, is not such a case: it is the appellant's contention that the respondents' proposed actions, rather than any legislation, are going to cause her damage. The fact that the alleged Charter breach is by public authorities acting in what they conceive to be the public interest is certainly a factor to be considered in weighing the balance of convenience, but that is a very different thing from suggesting, as the Judge seems to in the passage quoted, that Charter rights are not eligible to be protected by interlocutory injunction.

As I have indicated earlier, it does not appear that the Associate Chief Justice had to mind the classic tripartite test. In my view, if he had applied that test to the undisputed facts as revealed in the material before him, he would necessarily have concluded as follows:

1) If the appellant was not a woman she would not, as a matter of longstanding correctional service policy, be transferred into a provincial institution without her consent. She is now threatened with such a transfer against her will solely because she is a woman. That raises a serious issue to be tried.

2) At Matsqui the appellant has been following, with outstanding success, university courses organized

garantis par la Charte, les questions fondées sur la Charte, le droit constitutionnel et les redressements extraordinaires ne vont pas très bien ensemble. Les questions constitutionnelles devraient être réglées dans le contexte global d'un procès au cours duquel les faits et les questions de droit sont analysés à fond. Les questions constitutionnelles ne devraient pas être tranchées sauf dans les cas où il est absolument nécessaire de le faire dans les procédures les plus urgentes et abrégées d'une demande d'injonction interlocutoire comme en l'espece.

(motifs, pages 6 et 7)

Bien que les questions constitutionnelles, comme toute autre question de fait ou de droit contestée, ne doivent pas faire l'objet d'une décision définitive dans le cadre d'une demande d'injonction interlocutoire, toute l'analyse de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Metropolitan Stores*, précité, portait sur la façon dont le tribunal doit procéder lorsque la demande d'injonction interlocutoire soulève la constitutionnalité d'une disposition législative. Toutefois, la présente demande n'est pas de cette nature: l'appelante prétend que les mesures que se proposent de prendre les intimés, et non une disposition législative, vont lui causer un préjudice. Le fait que la violation de la Charte serait commise par des autorités publiques agissant dans ce qu'elles estiment être l'intérêt public constitue certainement un facteur dont il faut tenir compte dans la détermination de la prépondérance des inconvénients; toutefois, c'est une toute autre chose d'affirmer, comme semble le faire le juge dans le passage cité, que les droits garantis par la Charte ne peuvent être protégés par une injonction interlocutoire.

Comme je l'ai déjà indiqué, le juge en chef adjoint ne paraît pas avoir tenu compte du critère classique à trois volets. À mon avis, s'il avait appliqué ce critère aux faits non contestés selon les documents qu'il avait devant lui, il serait nécessairement arrivé aux conclusions suivantes:

1) Si l'appelante n'était une femme elle ne serait pas, en vertu d'une politique longuement établie des services correctionnels, transférée dans un établissement provincial sans son consentement. Elle risque maintenant d'être transférée contre sa volonté seulement parce qu'elle est une femme. Ce qui soulève une question sérieuse à juger.

2) À Matsqui, l'appelante a suivi, avec un succès remarquable, des cours universitaires organisés et

and given by Simon Fraser University in classrooms in the institution. She is presently more than halfway to an honours degree. If transferred to Burnaby, she would only be able to follow university courses by correspondence. The loss to her is immeasurable and will not be compensable by damages.⁴ That is irreparable harm.

3) The appellant has presently been at Matsqui for more than two and a half years. While her presence has no doubt caused the authorities some administrative inconvenience they have, to their credit, overcome it. In those circumstances, the balance of convenience clearly favours the maintenance of the *status quo* by leaving her where she is. History has demonstrated that whatever damage may be caused to the public interest by leaving her in an institution primarily designed for men is relatively insignificant and has been adequately coped with to date.

That, as it seems to me, is the end of the matter.

One other point calls for comment. I draw attention to it because it seems, regrettably, not to be an isolated instance. As I have indicated, the reasons for judgment herein were given orally July 24, 1991. Towards the end of those reasons the Judge said: "Accordingly, for reasons given orally from the Bench, this application is dismissed." He did not, however, as he should have, endorse the record or otherwise file a document to that effect. This was the source of considerable difficulty for the parties. The appellant wished to file a notice of appeal but was unable to do so since there was no judgment to appeal from. The respondents, for their part, knew that they had won in first instance but could not tell whether or when the matter was to be carried further. Appellant's counsel was put to unseemly and unnecessary difficulty in having the registry track down the

⁴ The Judge himself seems to have recognized this. In a passage towards the conclusion of his reasons he said:

This Applicant has been encouraged to commence and is in the middle of pursuing a degree at Simon Fraser University. It would be loathsome in the extreme, in my opinion, if anything were to happen to prejudice that opportunity.

(reasons, page 8)

offerts par l'université Simon Fraser. Elle a actuellement terminé plus de la moitié des cours menant à un baccalauréat spécialisé. Si elle est transférée à Burnaby, elle ne pourrait suivre que des cours par correspondance. Pour elle, ce serait une perte non quantifiable, qui ne pourrait être compensée par des dommages-intérêts⁴. Ce serait là un préjudice irréparable.

3) L'appelante est à Matsqui depuis plus de deux ans et demi. Bien que sa présence ait sans aucun doute causé aux autorités certains inconvénients administratifs, elles les ont, à leur honneur, surmontés. Dans ces circonstances, la prépondérance des inconvénients favorise nettement le maintien de la situation actuelle. Les faits démontrent que le préjudice qui pourrait être causé à l'intérêt public par la présence de l'appelante dans un établissement principalement conçu pour des hommes est relativement peu important et que l'on a pris les mesures appropriées jusqu'à maintenant.

Il me semble donc que la question a été vidée.

Un autre point doit donner lieu à des commentaires. Je le mentionne car il semble, malheureusement, ne pas s'agir d'un cas isolé. Comme je l'ai indiqué, les motifs de jugement ont été prononcés à l'audience le 24 juillet 1991. À la fin de ces motifs, le juge dit: «En conséquence, pour les motifs prononcés à l'audience, la demande est rejetée.» Il n'a pas toutefois, comme il l'aurait dû, inscrit son jugement sur un document du dossier ou déposé un document à cet effet. Ce qui a constitué une source de difficultés considérables pour les parties. L'appelante désirait déposer un avis d'appel, mais ne pouvait le faire puisqu'il n'y avait pas de jugement à porter en appel. Quant aux intimés, ils savaient qu'ils avaient eu gain de cause en première instance, mais ne pouvaient savoir si et quand l'affaire pouvait être portée en appel. L'avocat de l'appelante s'est trouvé dans la situation

⁴ Le juge lui-même semble avoir reconnu cette situation. Dans un passage vers la fin de ses motifs, il dit:

On a incité la requérante à entreprendre ce cours et elle en est à mi-chemin dans l'obtention de son diplôme à l'université Simon Fraser. À mon avis, il serait extrêmement répugnant si quelque chose devait l'empêcher d'atteindre son but.

(motifs, à la page 8)

Judge during the summer vacation so that he could sign the necessary order.

The relevant provisions are Rules 337(2) and (7) (*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663):

Rule 337. ...

(2) When the Court has reached a conclusion as to the judgment to be pronounced, it shall, in addition to giving reasons for judgment, if any,

(a) by a separate document signed by the presiding judge, pronounce the judgment (Form 14); or

(b) at the end of the reasons therefor, if any, and otherwise by a special declaration of its conclusion, which may be given orally from the bench or by a document deposited in the Registry, indicate that one of the parties (usually the successful party) may prepare a draft of an appropriate judgment to implement the Court's conclusion and move for judgment accordingly (which motion will usually be made under Rule 324.)

(7) This Rule applies, with necessary changes, to the pronouncement of interlocutory judgments or orders by the Court, a judge or a prothonotary except that, in any such case, a judgment or order under paragraph (2)(a) need not be made by a separate document but may be endorsed by the presiding judge or the prothonotary, as the case may be, on the notice of motion or some other convenient document on the Court file.

This was not a case to which the provisions of paragraph 337(2)(b) apply; the procedure under that paragraph is, in any event, reserved for "special" cases, usually where the formal judgment requires some detailed recitals or calculations. Since the application was of an interlocutory nature, the relevant provisions are paragraph 337(2)(a) and Rule 337(7). The "shall" of Rule 337(2) is mandatory.

It would have been simplicity itself for the Judge to have written out and signed the appropriate order either by a "separate document" (Rule 337(2)(a)), or by endorsing it on the record (337(7)). It was his duty to do one or the other.

I would allow the appeal, set aside the order appealed from and substitute therefor an order

à la fois inconvenante et inutile de devoir demander au greffe de retracer le juge pendant les vacances d'été pour qu'il puisse signer l'ordonnance nécessaire.

Les dispositions pertinentes des Règles sont les paragraphes 337(2) et (7) [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663]:

Règle 337. ...

(2) Lorsque la Cour est arrivée à une décision sur le jugement à prononcer, elle doit, en plus de donner, le cas échéant, les motifs de son jugement,

a) prononcer le jugement (Formule 14) dans un document distinct signé par le juge président; ou

b) à la fin des motifs du jugement, s'il en est, et sinon par déclaration spéciale de sa conclusion, déclaration qui peut être faite oralement à l'audience ou par document déposé au greffe, indiquer que l'une des parties (habituellement la partie gagnante) peut préparer un projet de jugement approprié pour donner effet à la décision de la Cour et demander que ce jugement soit prononcé (requête qui sera habituellement faite en vertu de la Règle 324).

(7) La présente Règle s'applique, avec les modifications qui s'imposent, au prononcé des jugements ou ordonnances interlocutoires par la Cour, un juge ou un protonotaire, mais, en ce cas, un jugement ou une ordonnance en vertu de l'alinéa (2)a n'ont pas besoin d'être rendus sur un document distinct; ils peuvent être inscrits par le juge président, ou par le protonotaire, selon le cas, sur l'avis de requête ou sur quelque autre document du dossier de la Cour qui peut commodément servir à cette fin.

Il ne s'agit pas d'une affaire à laquelle s'applique l'alinéa 337(2)b); la procédure en vertu de cet alinéa ne vise que les cas de nature «spéciale», habituellement lorsque le jugement officiel nécessite un exposé détaillé ou des calculs. Puisqu'il s'agit d'une demande de jugement interlocutoire, les dispositions pertinentes sont l'alinéa 337(2)a) et le paragraphe 337(7). L'emploi du terme «doit» dans le paragraphe 337(2) indique une obligation.

Il aurait été simple pour le juge de rédiger et de signer l'ordonnance appropriée, que ce soit dans un «document distinct» (alinéa 337(2)a)) ou par inscription de cette ordonnance sur un document du dossier (paragraphe 337(7)). Il avait l'obligation de procéder d'une façon ou de l'autre.

Je suis d'avis d'accueillir le présent appel, d'annuler l'ordonnance dont appel et de la remplacer par

enjoining the respondents, or any of them, from transferring the appellant to the Burnaby Correctional Centre for Women without her consent pending final judgment herein. The appellant is entitled to her costs of the appeal, including any reasonable disbursements occasioned by the attendance of counsel at the hearing of this appeal at a special session in Ottawa.

une ordonnance qui interdit aux intimés, ou à l'un d'entre eux, de transférer l'appelante au Centre correctionnel pour femmes de Burnaby sans le consentement de celle-ci en attendant le jugement définitif dans la présente affaire. L'appelante a droit aux dépens afférents au présent appel, y compris les débours raisonnables entraînés par suite de la participation de l'avocat à l'audition du présent appel, lors d'une séance spéciale à Ottawa.

HEALD J.A.: I concur.

DESJARDINS J.A.: I concur.

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

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

T-218-89

Sharon Boechler, executrix of the estate of Alexander Boger, deceased (Plaintiff)

v.

Her Majesty the Queen (Defendant)

INDEXED AS: BOGER ESTATE v. CANADA (T.D.)

Trial Division, Jerome A.C.J.—Edmonton, September 13 and November 30, 1990; Ottawa, August 16, 1991.

Income tax — Income calculation — Capital gains — Farm land “roll-over” provision giving tax relief to surviving members of family unit by delaying tax consequences of deemed realization — Meaning of “vested indefeasibly in the child” in s. 70(9) — Whether Family Relief Act application by surviving spouse prevents vesting in child — Meaning of “transferred or distributed” in s. 70(9) — F.C.A. decision in Hillis v. R. considered — Dictionary definitions considered — Whether estates, real property law concepts, terminology useful in interpreting Act — Whether sale of land by executrix means no transfer to children of deceased — Whether formal conveyance necessary.

Income tax — Practice — Consequences of clearance certificate being issued to executor of estate — Executor relieved of personal liability under Act, s. 159(3) — Executor remains liable as personal representative — Estate not freed from liability under Act.

Following the death of Alexander Boger, a farmer, in March 1979, the Minister of National Revenue issued a notice of reassessment disallowing, pursuant to subsection 70(9) of the *Income Tax Act*, a roll-over of farm land and depreciable property given to his children under his will and used by the taxpayer in the business of farming immediately before his death. As executrix of her father's estate, plaintiff appealed a decision of the Tax Court of Canada which confirmed that reassessment. According to the deceased's will, his spouse inherited a life estate in the home quarter and his four children 1/4 share of the residue each. In 1979, the spouse made an application under Alberta's *Family Relief Act*, asking for a greater share of the estate. In August 1981, the Court of Queen's Bench issued an order whereby the spouse received cash and some farming equipment; capital distributions were also made to the children. As a result of a meeting between the estate accountants and Revenue Canada in February 1983, the latter reassessed the taxpayer's 1979 terminal return, applying a spousal roll-over to the home quarter but disallowing a roll-over with respect to the remaining farm land and the farm machinery. In February

T-218-89

Sharon Boechler, exécutrice testamentaire de feu Alexander Boger (demanderesse)

a c.

Sa Majesté la Reine (défenderesse)

RÉPERTORIÉ: BOGER, SUCCESSION c. CANADA (1re INST.)

b

Section de première instance, juge en chef adjoint Jerome—Edmonton, 13 septembre et 30 novembre 1990; Ottawa, 16 août 1991.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Gains en capital — Disposition relative au transfert libre d'impôt de terres agricoles accordant un allègement fiscal aux membres survivants d'une famille en reportant les conséquences fiscales de la réalisation présumée — Signification des mots «par dévolution, irrévocablement acquis par l'enfant» à l'art. 70(9) — La demande présentée par l'épouse survivante en application de la Family Relief Act empêche-t-elle l'acquisition par l'enfant? — Signification des termes «transféré ou transmis lors d'un partage» à l'art. 70(9) — Examen de l'arrêt Hillis c. R. de la C.A.F. — Examen des définitions de dictionnaires — Les notions et la terminologie du droit des successions et du droit des biens immobiliers aident-elles à interpréter la Loi? — La vente de terres par l'exécutrice testamentaire signifie-t-elle qu'il n'y a pas eu transfert aux enfants du défunt? — Faut-il un acte de cession en bonne et due forme?

Impôt sur le revenu — Pratique — Conséquences de la délivrance du certificat de décharge à l'exécutrice testamentaire de la succession — L'exécutrice testamentaire est déchargée de son obligation personnelle en vertu de l'art. 159(3) — Elle demeure responsable à titre de représentante personnelle — La succession n'est pas libérée de son obligation fiscale.

Par suite du décès d'Alexander Boger, un fermier, en mars 1979, le ministre du Revenu national a établi un avis de nouvelle cotisation refusant, conformément au paragraphe 70(9) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le transfert libre d'impôt de terres agricoles et de biens amortissables légués par testament à ses enfants et utilisés par le contribuable, immédiatement avant son décès, dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise agricole. En qualité d'exécutrice testamentaire de la succession de son père, la demanderesse en a appelé de la décision de la Cour canadienne de l'impôt confirmant la nouvelle cotisation. Aux termes du testament, l'épouse du défunt a hérité d'un domaine viager sur le terrain bâti et ses quatre enfants, d'un quart du reliquat chacun. En 1979, l'épouse a présenté une demande sous le régime de la *Family Relief Act* de l'Alberta afin d'obtenir une part plus importante de la succession. En août 1981, la Cour du Banc de la Reine a rendu une ordonnance portant remise à l'épouse d'espèces et d'une partie du matériel agricole; en outre, des fonds ont été répartis entre les enfants. Par suite d'une réunion entre les comptables de la succession et Revenu Canada en février 1983, celui-ci a établi une

1987, the Minister issued a clearance certificate to date of death, stating that all estate's debts have been paid. The plaintiff argued that the taxpayer's interest in the property was transferred to and vested indefeasibly in the beneficiaries under the will, immediately upon his death or, alternatively, within the time prescribed by subsections 70(6) and 70(9). The roll-over to the children is being claimed only with respect to the property passed to them as a result of the will as amended by the Court order. The spousal roll-over, provided for in subsection 70(6), is not at issue.

Three main issues had to be addressed: 1) What is the meaning of the words "vested indefeasibly in the child" in subsection 70(9) and are they applicable in the present case? Does an application under Alberta's *Family Relief Act* by the remaining spouse prevent the property from being vested indefeasibly in the child? 2) Has the remaining farmland and depreciable capital property, on or after the death of the taxpayer and as a consequence thereof, been "transferred or distributed" to the taxpayer's children? 3) Do the clearance certificates issued by Revenue Canada prevent it from asserting that the deceased, the executor/trustee, or the beneficiaries are liable to any tax?

Held, the action should be allowed with respect to the first and second issues and dismissed with respect to the third.

1) Subsection 70(9), one of the roll-over provisions in the *Income Tax Act*, is an exception to subsection 70(5) which deems that a taxpayer has immediately before death disposed of his capital property and realized all accrued gains or losses; it allows a tax-free roll-over of farm land or depreciable property used in a farming business if it is "transferred or distributed" to the child on or after the death of the deceased and as a consequence thereof and if it is established within 15 months of the death of the deceased that it has become "vested indefeasibly" in the child not later than 15 months after death. It was useful to consider dictionary definitions of terms such as vested interest, defeasible, defeasible title and indefeasible in interpreting subsection 70(9). Concepts and terminology from estates and real property law were helpful in the interpretation of the *Income Tax Act*, which must take into account the meanings ascribed to these terms. In the law of real property, a distinction is drawn between "vested" and "contingent" interests. An interest is vested if two requirements are satisfied: (i) the person entitled to it must be ascertained; and (ii) it must be ready to take effect in possession forthwith, and be prevented from doing so only by the existence of some prior interest. A "contingent interest" is one which will give no right of enjoyment unless a future event, called a condition precedent, occurs. A vested interest is liable to be defeated or "defeasible" if it is subject to a condition subsequent or determinable limitation; to be vested "indefeasibly", an interest must not be sub-

nouvelle cotisation à l'égard de la déclaration de revenus définitive du contribuable pour 1979, appliquant un transfert libre d'impôt au conjoint dans le cas du terrain bâti, mais refusant le transfert libre d'impôt quant au reste des terres agricoles et quant au matériel agricole. En février 1987, le ministre a délivré un certificat de décharge, prenant effet à la date du décès, qui attestait le règlement de toutes les sommes dues par la succession. La demanderesse a soutenu que les droits du contribuable sur les biens avaient été transférés aux bénéficiaires ou irrévocablement acquis par eux conformément au testament immédiatement avant son décès ou, subsidiairement, dans le délai fixé aux paragraphes 70(6) et 70(9). Le transfert libre d'impôt aux enfants n'est demandé qu'en ce qui concerne les biens qui leur ont été transmis par testament, suivant l'ordonnance de la Cour du Banc de la Reine. Le transfert libre d'impôt à l'épouse, prévu au paragraphe 70(6), n'est pas en litige.

Trois questions principales devaient être tranchées: (1) Quel est le sens des mots «par dévolution, irrévocablement acquis par l'enfant» du paragraphe 70(9) et s'appliquent-ils en l'espèce? La demande présentée par l'épouse survivante en application de la *Family Relief Act* de l'Alberta empêche-t-elle que les biens soient «par dévolution, irrévocablement acquis par l'enfant»? (2) Le reste des terres et des biens amortissables a-t-il été, au moment du décès du contribuable ou postérieurement, et par suite de ce décès, «transféré ou transmis lors d'un partage» à l'enfant du contribuable? (3) Les certificats de décharge délivrés par Revenu Canada l'empêchent-ils d'affirmer que le défunt, l'exécutrice testamentaire/fiduciaire ou les bénéficiaires sont redevables d'impôts?

Jugement: l'action devrait être accueillie quant à la première et à la deuxième questions et rejetée quant à la troisième.

(1) Le paragraphe 70(9), l'une des dispositions relatives au transfert libre d'impôt de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, est une exception au paragraphe 70(5), le contribuable étant réputé avoir disposé d'un bien-fonds immédiatement avant son décès et avoir réalisé tous les gains ou pertes en capital; il permet le transfert libre d'impôt des terres agricoles ou des biens amortissables utilisés dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise agricole s'ils sont «transférés ou transmis lors d'un partage» à l'enfant, au moment du décès du défunt ou postérieurement, et par suite de ce décès, et qu'il puisse être établi, dans les quinze mois qui suivent le décès du défunt, qu'ils ont été «par dévolution, irrévocablement acquis» par l'enfant au plus tard dans les quinze mois suivant le décès. Pour interpréter le paragraphe 70(9), il est utile d'examiner les définitions que donnent les dictionnaires de termes comme droit dévolu, révocable, titre révocable, irrévocable. Les notions et la terminologie du droit des successions et du droit des biens immobiliers aident à interpréter la *Loi de l'impôt sur le revenu*; il faut tenir compte du sens qui y est donné à ces termes. En droit des biens immobiliers, une distinction a été établie entre les droits «dévolus» et les droits «éventuels». Deux conditions doivent être remplies pour qu'un droit soit dévolu: (i) la personne qui y a droit doit être déterminée; (ii) elle doit être prête à en prendre possession immédiatement et n'en être empêchée que par l'existence d'un droit antérieur. Un «droit éventuel» est un droit qui n'attribue pas de droit de

ject to such a condition. Here, the interest in the property was unquestionably vested: there was no condition precedent to be fulfilled before the gift could take effect; the children, entitled to it, were ascertained and ready to take possession forthwith, there being no prior interests in existence. The children's vested interest was also not defeasible as it was not subject to a condition subsequent contained in the will. This is consistent with the decision of Clement D.J. in the case of *Hillis v. R.* where the Federal Court of Appeal was called upon to interpret subsection 70(6) of the *Income Tax Act*, the "spousal roll-over" provision, and to consider the effect of an order under the Saskatchewan *Dependants' Relief Act*, increasing a widow's share of the deceased's estate. If, as held by Clement D.J. and Pratte J.A. in *Hillis*, additional property received pursuant to an order under dependant relief legislation did not vest until the actual date of the order, it follows here that the children were not divested of their interest therein until that date as well. Although their interests were adversely affected by the order, they nevertheless were vested indefeasibly in accordance with subsection 70(9), at least to the extent that they were not affected by the order.

2) It would appear that some Federal Court cases have recognized that a formal conveyance of property may not be necessary before there can be a "transfer" or "distribution". The dictionary definitions are broad enough to include the act of giving property under a will. Here, the creation of a valid will passing the taxpayer's property to his spouse and children was a sufficient "transfer" for purposes of subsection 70(9). The fact that the "residue" of the estate was left to the children did not change the character of the property entitled to the roll-over. A "farm roll-over" does not require a specific bequest of each item of farmland and depreciable property, the object of subsection 70(9) being to provide a measure of tax relief when transferring these assets from one generation to another. When the trustee sold the farm land to a third party, it was upon the direction and consent of the children as owners of the land. The fact that the property was sold within the 15-month period was not detrimental to the plaintiff's case. Subsection 70(9) does not say that the property must remain in the hands of the children for the roll-over to apply. So long as the property is transferred to the beneficiaries, the estate may claim a roll-over under subsection 70(9).

3) The fact that a clearance certificate has been issued to an estate's executor, the "personal representative", does not free

jouissance avant qu'un événement futur ne se réalise, c'est-à-dire l'accomplissement d'une condition suspensive. Un droit dévolu est susceptible d'être révoqué ou «révocable» s'il est l'objet d'une condition résolutoire, notamment en cas de dévolution d'héritage. Pour qu'un droit soit dévolu «irrévocablement», il ne doit pas être l'objet d'une telle condition. En l'espèce, le droit sur les biens a incontestablement été dévolu: il n'y avait aucune condition suspensive qui devait se réaliser avant que la libéralité prit effet; les enfants, soit les ayants droit, étaient déterminés; ils étaient prêts à en prendre possession immédiatement, puisqu'il n'y avait aucun autre droit antérieur existant. Le droit dévolu aux enfants n'était pas non plus révocable car il n'était pas l'objet d'une condition résolutoire contenue dans le testament. Cette conclusion est conforme à la décision du juge suppléant Clement dans l'arrêt *Hillis c. R.*, dans lequel la Cour d'appel fédérale devait interpréter le paragraphe 70(6) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la disposition relative au transfert libre d'impôt à l'épouse, et se prononcer sur l'effet d'une ordonnance rendue en vertu de la *Dependants' Relief Act* de la Saskatchewan, augmentant la part de la veuve dans la succession du défunt. Si, comme l'ont décidé le juge suppléant Clement et le juge Pratte, J.C.A., dans *Hillis*, d'autres biens reçus en vertu d'une ordonnance sous le régime de la loi sur le secours aux personnes à charge n'étaient pas dévolus avant la date effective de l'ordonnance, il s'ensuit qu'en l'espèce, les enfants n'ont pas non plus été dépossédés de leurs droits sur ceux-ci avant cette date. En dépit du fait que leurs droits aient été, de fait, réduits par l'ordonnance, ils avaient néanmoins été, par dévolution, irrévocablement acquis conformément au paragraphe 70(9), du moins dans la mesure où ils n'étaient pas visés par l'ordonnance.

(2) Il semble que la Cour fédérale ait, dans certaines décisions, reconnu qu'un acte de cession en bonne et due forme n'était peut-être pas nécessaire pour qu'il y ait «transfert» ou «transmission lors d'un partage». Les définitions que donnent les dictionnaires sont assez larges pour viser la libéralité faite par testament. En l'occurrence, le testament valide fait par le contribuable, transmettant ses biens à son épouse et à ses enfants, est un «transfert» suffisant pour l'application du paragraphe 70(9). Le fait que le «reliquat» des biens a été légué aux enfants n'a pas modifié la nature des biens susceptibles d'être l'objet d'un transfert libre d'impôt. Il n'est pas nécessaire que soit fait un legs à titre particulier de chaque partie des terres agricoles et des biens amortissables pour que puisse s'opérer le «transfert libre d'impôt des biens agricoles», l'objet du paragraphe 70(9) étant d'accorder une exemption fiscale au moment du transfert de ces biens d'une génération à la suivante. C'était sur les instructions et avec l'assentiment des enfants, propriétaires, que la fiduciaire a vendu la terre à un tiers. Le fait que les biens ont été vendus dans le délai de quinze mois n'est pas opposable à la demanderesse. Le paragraphe 70(9) ne dit pas que les biens doivent rester entre les mains des enfants pour que le transfert libre d'impôt s'applique. Dans la mesure où les biens sont transférés aux bénéficiaires, la succession peut demander le transfert libre d'impôt prévu au paragraphe 70(9).

(3) Le fait qu'un certificat de décharge a été délivré à un exécuteur testamentaire de la succession, «représentant person-

the estate from its tax liability. Subsection 159(3) provides that the personal representative becomes personally liable for the unpaid taxes, interest and penalties if he does not obtain a certificate before the distribution of property over which he had control. The estate is not relieved of its liability for tax. In other words, the personal representative remains liable as such, but is relieved of the personal liability under subsection 159(3).

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Dependants' Relief Act, R.S.S. 1978, c. D-25, s. 14.
Devolution of Real Property Act, R.S.A. 1980, c. D-34, ss. 3, 9, 10(1).
Estate Tax Act, S.C. 1958, c. 29, s. 7(1).
Family Relief Act, R.S.A. 1980, c. F-2, ss. 5(1),(4), 11(1), 17(1), 18(1).
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 70(5),(6),(9) (as enacted by S.C. 1973-74, c. 14, s. 19; 1976-77, c. 4, s. 27(4)), 159(2),(3).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Hillis v. R., [1982] CTC 293; (1982), 82 DTC 6249 (F.C.T.D.); *Hillis v. R.*, [1983] 6 W.W.R. 577; [1983] CTC 348; (1983), 83 DTC 5365; 15 E.T.R. 156; 49 N.R. 1 (F.C.A.); *Tory Estate v. Minister of National Revenue*, [1973] F.C. 820; [1973] CTC 434; (1973), 73 DTC 5354 (C.A.); appeal dismissed *sub nom. Montreal Trust Co. v. M.N.R.*, [1976] 1 S.C.R. x; [1976] CTC 415; (1976), 76 DTC 6312; 9 N.R. 394; *Fasken, David v. Minister of National Revenue*, [1948] Ex.C.R. 580; [1948] C.T.C. 265; (1948), 49 DTC 491.

CONSIDERED:

Dontigny Estate v. The Queen, [1974] 1 F.C. 418; [1974] CTC 532; (1974), 74 DTC 6437 (C.A.); *Lucky, Mr v MNR*, [1972] C.T.C. 2412 (T.R.B.); *Greenwood Estate v. The Queen* (1990), 90 DTC 6690; 39 F.T.R. 234 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Willis Estate v. M.N.R. (1968), 68 DTC 204 (T.A.B.); *Hrycej (A) Estate v MNR*, [1984] CTC 2115; (1984), 84 DTC 1089; 17 E.T.R. 183 (T.C.C.); *Gathercole v. Smith* (1880-81), 17 Ch.D. 1 (C.A.); *Boger (A.) Estate v. M.N.R.*, [1989] 1 C.T.C. 2110; (1988), 89 DTC 15 (T.C.C.).

AUTHORS CITED

Anger and Honsberger: The Law of Real Property, Vol. 1, 2nd ed., Oosterhoff, A. H. and Rayner, W. B. Aurora (Ont.): Canada Law Book Inc., 1985.
Black's Law Dictionary, 5th ed., St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979, "vested interest", "defeasible", "defeasible title", "indefeasible", "transfer".

nel», ne libère pas la succession de son obligation fiscale. Le paragraphe 159(3) dispose que le représentant personnel est personnellement responsable des impôts, intérêts et pénalités non payés s'il n'obtient pas un certificat avant de répartir les biens placés sous son contrôle. La succession n'est pas libérée de son obligation fiscale. Autrement dit, le représentant personnel reste redevable à ce titre, mais il est déchargé de son obligation personnelle imposée par le paragraphe 159(3).

LOIS ET RÈGLEMENTS

Dependants' Relief Act, R.S.S. 1978, chap. D-25, art. 14.
Devolution of Real Property Act, R.S.A. 1980, chap. D-34, art. 3, 9, 10(1).
Family Relief Act, R.S.A. 1980, chap. F-2, art. 5(1),(4), 11(1), 17(1), 18(1).
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 70(5),(6),(9) (édicte par S.C. 1973-74, chap. 14, art. 19; 1976-77, chap. 4, art. 27(4)), 159(2),(3).
Loi de l'impôt sur les biens transmis par décès, S.C. 1958, chap. 29, art. 7(1).

d JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Hillis c. R., [1982] CTC 293; (1982), 82 DTC 6249 (C.F. 1^{re} inst.); *Hillis c. R.*, [1983] 6 W.W.R. 577; [1983] CTC 348; (1983), 83 DTC 5365; 15 E.T.R. 156; 49 N.R. 1 (C.A.F.); *Tory Estate c. Le ministre du Revenu national*, [1973] C.F. 820; [1973] CTC 434; (1973), 73 DTC 5354 (C.A.); appel rejeté *sub nom. Montreal Trust Co. c. M.R.N.*, [1976] 1 R.C.S. x; [1976] CTC 415; (1976), 76 DTC 6312; 9 N.R. 394; *Fasken, David v. Minister of National Revenue*, [1948] R.C.É. 580; [1948] C.T.C. 265; (1948), 49 DTC 491.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

La succession Dontigny c. La Reine, [1974] 1 C.F. 418; [1974] CTC 532; (1974), 74 DTC 6437 (C.A.); *Lucky, M c MRN.*, [1972] CTC 2412 (C.R.I.); *Succession Greenwood c. La Reine* (1990), 90 DTC 6690; 39 F.T.R. 234 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Succession Willis c. M.R.N. (1968), 68 DTC 204 (C.A.I.); *Succession Hrycej (A) c MRN*, [1984] CTC 2115; (1984), 84 DTC 1089; 17 E.T.R. 183 (C.C.I.); *Gathercole v. Smith* (1880-81), 17 Ch.D. 1 (C.A.); *Succession Boger (A.) c. M.R.N.*, [1989] 1 C.T.C. 2110; (1988), 89 DTC 15 (C.C.I.).

DOCTRINE

Anger and Honsberger: The Law of Real Property, Vol. 1, 2nd ed., by Oosterhoff, A. H. et Rayner, W. B., Aurora (Ont.): Canada Law Book Inc., 1985.
Black's Law Dictionary, 5th ed., St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979, «vested interest», «defeasible», «defeasible title», «indefeasible», «transfer».

Feeney, Thomas G. *The Canadian Law of Wills*, Vol. 2, Toronto: Butterworths, 1987.

Jowitt's Dictionary of English Law, Vol. 1, 2nd ed., London: Sweet & Maxwell Ltd., 1977, "indefeasible".

Megarry, Robert and Wade, H.W.R. *The Law of Real Property*, 5th ed., London: Stevens & Sons Ltd., 1984. ^a

Osborn's Concise Law Dictionary, 6th ed., by John Burke, London: Sweet & Maxwell, 1976, "defeasible", "distribution".

Shorter Oxford English Dictionary, vol. I, 3rd ed., Oxford: Clarendon Press, 1969, "indefeasible", "transfer", "distributed". ^b

Feeney, Thomas G. *The Canadian Law of Wills*, Vol. 2, Toronto: Butterworths, 1987.

Jowitt's Dictionary of English Law, vol. 1, 2nd ed., London: Sweet & Maxwell Ltd., 1977, «indefeasible».

Megarry, Robert and Wade, H.W.R. *The Law of Real Property*, 5th ed., London: Stevens & Sons Ltd., 1984.

Osborn's Concise Law Dictionary, 6th ed., by John Burke, London: Sweet & Maxwell, 1976, «defeasible», «distribution».

Shorter Oxford English Dictionary, vol. 1, 3rd ed., Oxford: Clarendon Press, 1969, «indefeasible», «transfer», «distributed».

COUNSEL:

David P. Jones, Q.C., and *Anne S. de Villars* for plaintiff. ^c

J.E. Fulcher and *Naomi R. Goldstein* for defendant.

SOLICITORS:

de Villars Jones, Edmonton, for plaintiff. ^d

Deputy Attorney General of Canada for defendant. ^e

The following are the reasons for judgment rendered in English by

JEROME A.C.J.: This matter came on for hearing at Edmonton, Alberta, on September 13, 1990. The executrix of the estate of Alexander Boger, deceased, (the "plaintiff") appeals a decision of the Tax Court of Canada dated November 3, 1988 which dismissed the plaintiff's appeal against a reassessment by the Minister of National Revenue (the "Minister") dated January 12, 1984 in respect of the 1979 terminal tax return of Alexander Boger (the "taxpayer"). The reassessment disallowed a "roll-over" pursuant to subsection 70(9) of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63 (as enacted by S.C. 1973-74, c. 14, s. 19; 1976-77, c. 4, s. 27(4))] (the "Act") of farm land and depreciable property given to the taxpayer's children under his will because this property had not been "transferred or distributed" to the children and had not been established to have become "vested indefeasibly" within the time limit set out in subsection 70(9). At the time of hearing I reserved judgment pending further written submissions of counsel. ^f

AVOCATS:

David P. Jones, c.r., et *Anne S. de Villars* pour la demanderesse. ^c

J.E. Fulcher et *Naomi R. Goldstein* pour la défenderesse.

PROCUREURS:

de Villars Jones, Edmonton, pour la demanderesse. ^d

Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse. ^e

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

LE JUGE EN CHEF ADJOINT JEROME: J'ai entendu cette affaire à Edmonton (Alberta), le 13 septembre 1990. L'exécutrice testamentaire de la succession de feu Alexander Boger (la «demanderesse») en appelle de la décision de la Cour canadienne de l'impôt, en date du 3 novembre 1988, qui a rejeté l'appel interjeté par la demanderesse de la nouvelle cotisation établie par le ministre du Revenu national (le «ministre»), en date du 12 janvier 1984, à l'égard de la déclaration de revenus définitive d'Alexander Boger (le «contribuable»), produite pour l'année 1979. La nouvelle cotisation refusait le transfert libre d'impôt, en application du paragraphe 70(9) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, chap. 63 (édicte par S.C. 1973-74, chap. 14, art. 19; 1976-77, chap. 4, art. 27(4))] (la «Loi»), de terres agricoles et de biens amortissables légués par testament aux enfants du contribuable, parce que ces biens n'avaient pas été «transférés ou transmis lors d'un partage» aux enfants et qu'il n'avait pas été établi qu'ils avaient été, «par dévolution, irrévocablement acquis» dans le délai fixé au paragraphe 70(9). À la fin de l'audience, ^f

j'ai mis l'affaire en délibéré en attendant les mémoires des avocats.

FACTS

The facts are not in dispute and are outlined in the following summary of the "partial agreed statement of facts". The taxpayer, a farmer, died testate on March 10, 1979. Surviving him were his wife, Olga Boger (the "spouse") and four daughters (the "children") one of whom was a minor. In his will, the taxpayer named his daughter, Sharon Boechler, as executrix and trustee (the "plaintiff"). He disposed of his property as follows: widow — life estate in S.W. 1/4 14-38-13-W4 (the "home quarter"); children — 1/4 share of residue each. Letters probate were granted to the plaintiff on July 9, 1979. The taxpayer's estate consisted of the following land and farming interests as well as cash, shares, and personal effects having a total value of \$446,180.42:

Land (Probate value)

S.W. 1/4 14-38-13-W4 (the "home quarter")	\$50,000.00
N.E. 1/4 15-38-13-W4	47,250.00
N.W. 1/4 15-38-13-W4	48,750.00
S.W. 1/4 17-38-13-W4	45,700.00
S.E. 1/4 18-38-13-W4	47,300.00
S. 1/2 7-38-13-W4	54,300.00
	<u>\$293,300.00</u>

Farming interests

Farming Equipment	\$83,483.00
Livestock	18,490.75
Grain	<u>860.50</u>
	\$102,834.25

The land and farming interests were used by the taxpayer in the business of farming immediately before his death.

A terminal tax return to date of death was filed and was received by Revenue Canada on April 30, 1980. A "spousal roll-over" of the home quarter pursuant to subsection 70(6) and a "farm roll-over" of the remaining land and farming equipment pursuant to subsection 70(9) were claimed. Consequently, no capital gains (or losses) were declared on what would otherwise be a deemed disposition of these assets under subsection 70(5).

FAITS

Les faits ne sont pas contestés. Le résumé qui suit est tiré de l'«exposé conjoint partiel des faits». Le contribuable, un fermier, est décédé le 10 mars 1979 en laissant un testament à son épouse, Olga Boger (l'«épouse») et à ses quatre filles (les «enfants»), dont une mineure. Dans son testament, le contribuable a désigné sa fille, Sharon Boechler, comme exécutrice testamentaire et fiduciaire (la «demanderesse»). Il a disposé de ses biens de la manière suivante: en faveur de la veuve — domaine viager sur le terrain S.W. 1/4 14-38-13-W4 (le «terrain bâti»); en faveur des enfants — 1/4 du reliquat chacun. Des lettres d'homologation ont été délivrées à la demanderesse le 9 juillet 1979. La succession du contribuable avait une valeur totale de 446 180,42 \$ et consistait dans les biens-fonds et les biens agricoles énumérés ci-après, ainsi que dans des espèces, des actions et des biens personnels:

Fonds de terre (valeur homologuée)

S.W. 1/4 14-38-13-W4 («terrain bâti»)	50 000,00 \$
N.E. 1/4 15-38-13-W4	47 250,00 \$
N.W. 1/4 15-38-13-W4	48 750,00 \$
S.W. 1/4 17-38-13-W4	45 700,00 \$
S.E. 1/4 18-38-13-W4	47 300,00 \$
S. 1/2 7-38-13-W4	54 300,00 \$
	<u>293 300,00 \$</u>

Biens agricoles

Matériel agricole	83 483,00 \$
Bétail	18 490,75 \$
Grains	<u>860,50 \$</u>
	102 834,25 \$

Immédiatement avant son décès, le contribuable utilisait les terres et les biens agricoles dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise agricole.

Une déclaration de revenus définitive, établie à la date du décès, a été produite et Revenue Canada l'a reçue le 30 avril 1980. On y demandait un transfert libre d'impôt à l'épouse du terrain bâti, conformément au paragraphe 70(6), et un transfert libre d'impôt des biens agricoles, soit les biens-fonds et le matériel agricole, conformément au paragraphe 70(9). Par conséquent, aucun gain (ni perte) en capital n'a été déclaré à l'égard de ce qui aurait autrement

In 1979 the spouse made an application under the *Family Relief Act* (then R.S.A. 1970, c. 134, as amended) for a greater share of the estate. The Minister issued a clearance certificate to date of death dated October 14, 1980. No distribution took place, however, until after the spouse's application was finally determined, 29 months after the date of death. By Court order dated August 4, 1981 (the "order"), the spouse received:

- (a) \$75,000 cash paid with interest to her in November, 1981;
- (b) absolute title in fee simple to the home quarter (probate value \$50,000) transferred to her on January 6, 1982;
- (c) some of the farming equipment which was delivered immediately:
 - (i) 1967 Chevrolet 1/2 ton truck with camper (probate value \$4,000); and
 - (ii) six grain bins on S. 1/2 15-38-13-W4 (probate value \$4,200).

Farm equipment remaining in the taxpayer's estate had been sold by auction in September, 1979. In April, 1981 the estate had been transmitted to the plaintiff, as executrix, and she became the registered owner of the property. Three quarter sections of land were sold in August, 1982 with the consent of the beneficiaries of majority age and the public trustee of Alberta on behalf of the minor. Payments were made from the estate to the spouse in accordance with the order, and capital distributions were made to the children as follows:

September, 1981	\$26,000.00 each	\$104,000.00
December, 1981	2,500.00 each	10,000.00
May, 1982	2,000.00 each	8,000.00
September, 1982	47,000.00 each	188,000.00

In October 1982, after concern had been expressed by the estate accountants with respect to the 1979 terminal return and in view of the decision in *Hillis v. R.*, [1982] CTC 293 (F.C.T.D.), solicitors specializing in estate practice were retained and a meeting was requested with Revenue Canada in February, 1983. As a result of this meeting, the taxpayer's 1979

constitué une disposition présumée de ces biens en application du paragraphe 70(5).

En 1979, l'épouse a demandé, en conformité avec la *Family Relief Act*, R.S.A. 1970, chap. 134, modifiée, qu'une part plus importante de la succession lui soit dévolue. Le ministre a, en date du 14 octobre 1980, délivré un certificat de décharge prenant effet à la date du décès. Toutefois, aucune répartition n'a eu lieu avant la décision définitive sur la demande de l'épouse, soit vingt-neuf mois après la date du décès. Par ordonnance de la Cour, datée du 4 août 1981 (l'«ordonnance»), l'épouse a reçu ce qui suit:

- a) 75 000 \$ en espèces, en sus des intérêts, en novembre 1981;
- b) le domaine en fief simple absolu sur le terrain bâti (valeur homologuée de 50 000 \$), qui lui a été transféré le 6 janvier 1982;
- c) une partie du matériel agricole, qui lui a été remise immédiatement:
 - (i) camionnette Chevrolet 1967, 1/2 tonne, avec caravane (valeur homologuée de 4 000 \$);
 - (ii) six silos à grains sur le terrain S. 1/2 15-38-13-W4 (valeur homologuée de 4 200 \$).

En septembre 1979, le matériel agricole restant dans la succession du contribuable a été vendu aux enchères. En avril 1981, la succession a été transmise à la demanderesse, en qualité d'exécutrice testamentaire, et elle est devenue propriétaire enregistrée des biens. En août 1982, trois quarts de section de terrain ont été vendus avec l'assentiment des bénéficiaires majeurs et du curateur public de l'Alberta pour le compte de la mineure. Des sommes ont été versées, sur la succession, à l'épouse, conformément à l'ordonnance, et des fonds répartis entre les enfants comme suit:

Septembre 1981	26 000,00 \$ chacun	104 000,00 \$
Décembre 1981	2 500,00 \$ chacun	10 000,00 \$
Mai 1982	2 000,00 \$ chacun	8 000,00 \$
Septembre 1982	47 000,00 \$ chacun	188 000,00 \$

En octobre 1982, après que les comptables de la succession eurent fait part de leur inquiétude au sujet de la déclaration de revenus définitive pour l'année 1979, et compte tenu de la décision *Hillis c. R.*, [1982] CTC 293 (C.F. 1^{re} inst.), les services d'avocats spécialistes des successions ont été retenus et une réunion avec Revenu Canada a été demandée en

terminal return was reassessed on the following basis:

- (a) a spousal roll-over was applied to the home quarter;
- (b) the roll-over with respect to the remaining farm land was disallowed as the taxpayer was deemed to have disposed of the remaining land at fair market value immediately prior to his death and capital gains were declared;
- (c) the roll-over with respect to farm machinery was disallowed. The auction proceeds were included as income in the taxpayer's 1979 return;
- (d) adjustments were made concerning interest income.

The Minister also agreed that income earned in the 1980 and 1981 estate taxation years should be taxable in the hands of the trustee because the spouse's litigation under the *Family Relief Act* was still pending in those years. Income and capital gains or losses, if any, in the 1982 estate taxation year and in subsequent years were to be allocated to the residuary beneficiaries.

The notice of reassessment reflecting these changes was mailed August 19, 1983. No objection was filed, however, the Minister issued another notice of reassessment on January 12, 1984 with respect to the terminal return. A notice of objection was filed by the plaintiff on March 14, 1984. On February 10, 1987 the Minister issued a clearance certificate to date of death stating that:

This is to certify that all amounts for which the taxpayer named below [Alexander Boger, deceased] is liable and for the payment of which you may reasonably be expected to become liable in your capacity as the responsible representative of the taxpayer for the period ending with date of death and any preceding taxation year under the provisions of [various acts including the *Income Tax Act*] have been paid or that security thereof has been accepted by the Minister.

The plaintiff states that, by operation of the taxpayer's will, the taxpayer's interest in the property was transferred to and vested indefeasibly in the beneficiaries under the will, immediately upon his death or, alternatively, within the time prescribed by subsections 70(6) and 70(9). The plaintiff therefore claims:

février 1983. Par suite de celle-ci, la déclaration définitive du contribuable pour 1979 a fait l'objet d'une nouvelle cotisation:

- a) un transfert libre d'impôt au conjoint a été appliqué dans le cas du terrain bâti;
- b) le transfert libre d'impôt quant au reste des terres agricoles a été refusé parce que le contribuable a été réputé avoir disposé du reste des biens-fonds à leur juste valeur marchande immédiatement avant son décès et des gains en capital ont été déclarés;
- c) le transfert libre d'impôt à l'égard du matériel agricole a été refusé. Le produit de la vente aux enchères a été inclus dans le calcul du revenu du contribuable en 1979;
- d) le revenu en intérêts a fait l'objet de révisions.

Le ministre a en outre admis que les revenus gagnés durant les années d'imposition 1980 et 1981 de la succession doivent être imposés entre les mains de la fiduciaire parce que l'action engagée par l'épouse en application de la *Family Relief Act* était encore pendante au cours de ces années-là. Les revenus et les gains ou pertes en capital, le cas échéant, pour l'année d'imposition 1982 de la succession et pour les suivantes, devaient être répartis entre les bénéficiaires du reliquat.

L'avis de nouvelle cotisation faisant état de ces modifications a été mis à la poste le 19 août 1983. Aucune opposition n'a été produite, mais le 12 janvier 1984, le ministre a délivré un autre avis de nouvelle cotisation relativement à la déclaration de revenus définitive. La demanderesse a produit un avis d'opposition le 14 mars 1984. Le 10 février 1987, le ministre a délivré un certificat de décharge, prenant effet à la date du décès, dont la teneur suit:

[TRADUCTION] Nous attestons que toutes les sommes dues par le contribuable désigné ci-dessous [feu Alexander Boger] et dont vous pouvez vraisemblablement devenir redevable en qualité de représentant personnel du contribuable pour la période se terminant à la date de son décès et pour toute année d'imposition précédente en application des dispositions de [diverses lois dont la *Loi de l'impôt sur le revenu*] ont été payées ou qu'une garantie a été acceptée par le ministre.

La demanderesse déclare que, en conformité avec les dispositions du testament du contribuable, les droits du contribuable sur les biens ont été transférés aux bénéficiaires ou irrévocablement acquis par eux conformément au testament, au moment même de son décès ou, subsidiairement, dans le délai fixé aux paragraphes 70(6) et 70(9). La demanderesse demande donc ce qui suit:

- (a) A declaration that the deceased is entitled to roll-overs provided by subsections 70(6) and 70(9) of the Act, for the purpose of calculating the proceeds of disposition deemed to arise upon the death of the late Alexander Boger;
- (b) A declaration that the defendant is estopped from collecting further taxes having issued two clearance certificates to date of death;
- (c) All costs of this action.

In the present case, the roll-over to the children is only being claimed with respect to the property passed to them as a result of the will as amended by the order of the Court of Queen's Bench.

ISSUES

This action involves the proper interpretation of the farm roll-over provision found in subsection 70(9) of the *Income Tax Act* and the effect of clearance certificates issued by the Minister pursuant to subsection 159(2) of the Act. The spousal roll-over, provided for in subsection 70(6), is not at issue here. The specific issues and sub-issues to be addressed, therefore, are:

1. What is the meaning of the words "vested indefeasibly in the child" in subsection 70(9)? Does an application under the *Family Relief Act* by the remaining spouse prevent the property from being "vested indefeasibly in the child"?
2. What is the meaning of the words "transferred or distributed" in subsection 70(9)? Must the executor and trustee of the deceased's estate actually do something to transfer or distribute the farm property to the child of the deceased who is a beneficiary under the will? Is the "roll-over" available where the executor and trustee subsequently sells the farm property directly to a third party purchaser?
3. Is the Minister prevented or estopped from asserting that the deceased, the executor and trustee, or the beneficiaries are liable to tax once a clearance certificate has been issued?

STATUTORY PROVISIONS

The relevant provisions of the *Income Tax Act* are subsection 70(9) which deals with the farm roll-overs and subsections 159(2) and (3) which deal with clearance certificates:

[TRADUCTION] a) Un jugement déclaratoire reconnaissant au défunt le droit aux transferts libres d'impôt prévus aux paragraphes 70(6) et 70(9) de la Loi pour ce qui est de calculer le produit de la disposition réputée avoir eu lieu au décès d'Alexander Boger;

- b) Un jugement déclaratoire interdisant à la défenderesse de percevoir d'autres impôts parce qu'elle a déjà délivré deux certificats de décharge prenant effet à la date du décès;
- c) Tous les dépens de cette action.

En l'espèce, le transfert libre d'impôt aux enfants n'est demandé qu'en ce qui concerne les biens qui leur ont été transmis par testament, tel qu'il a été modifié par l'ordonnance de la Cour du Banc de la Reine.

QUESTIONS EN LITIGE

L'objet de cette action est l'interprétation qu'il convient de donner à la disposition relative au transfert libre d'impôt de biens agricoles que contient le paragraphe 70(9) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et l'effet des certificats de décharge délivrés par le ministre en conformité avec le paragraphe 159(2) de la Loi. Le transfert libre d'impôt à l'épouse, prévu au paragraphe 70(6), n'est pas en litige. Voici donc les questions principales et secondaires qu'il faut trancher:

1. Quel est le sens des mots «par dévolution, irrévocablement acquis par l'enfant» du paragraphe 70(9)? La demande présentée par l'épouse survivante en application de la *Family Relief Act* empêche-t-elle que les biens soient «par dévolution, irrévocablement acquis par l'enfant»?
2. Quel est le sens des mots «transféré ou transmis lors d'un partage» du paragraphe 70(9)? L'exécutrice testamentaire, qui est aussi fiduciaire de l'actif du défunt, doit-elle accomplir un acte pour transférer ou transmettre les biens agricoles à l'enfant du défunt qui est bénéficiaire en vertu du testament? Le transfert libre d'impôt est-il possible quand l'exécutrice testamentaire, qui est aussi fiduciaire, vend par la suite les biens agricoles directement à un tiers acquéreur?
3. Le ministre est-il empêché d'affirmer que le défunt, l'exécutrice testamentaire, qui est aussi fiduciaire, ou les bénéficiaires sont redevables des impôts une fois qu'un certificat de décharge a été délivré?

DISPOSITIONS DE LA LOI

Les dispositions pertinentes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sont le paragraphe 70(9) relatif aux transferts libres d'impôt de biens agricoles et les paragraphes 159(2) et (3) portant sur les certificats de décharge:

70. ...

(9) Where any land in Canada or depreciable property in Canada of a prescribed class of a taxpayer to which paragraphs 5(a) and (c) or paragraphs 5(b) and (d), as the case may be, would otherwise apply was, immediately before his death, used by him, his spouse or any of his children in the business of farming and the property has, on or after the death of the taxpayer and as a consequence thereof, been transferred or distributed to a child of the taxpayer who was resident in Canada immediately before the death of the taxpayer and the property can, within 15 months after the death of the taxpayer or such longer period as is reasonable in the circumstances, be established to have become vested indefeasibly in the child not later than 15 months after the death of the taxpayer, the following rules apply:

159. ...

(2) Every assignee, liquidator, administrator, executor and other like person, other than a trustee in bankruptcy, before distributing any property under his control, shall obtain a certificate from the Minister certifying that taxes, interest or penalties that have been assessed under this Act and are chargeable against or payable out of the property have been paid or that security for the payment thereof has, in accordance with subsection 220(4), been accepted by the Minister.

(3) Distribution of property without a certificate required by subsection (2) renders the person required to obtain the certificate personally liable for the unpaid taxes, interest and penalties.

Other relevant statutory provisions include subsections 5(1), 5(4), 11(1), 17(1) and 18(1) of the *Family Relief Act*, R.S.A. 1980, c. F-2 and sections 3, 9 and 10 of the *Devolution of Real Property Act*, R.S.A. 1980, c. D-34, as amended:

Family Relief Act

5(1) The judge in any order making provision for maintenance and support of a dependant may impose any conditions and restrictions he sees fit.

(4) Where a transfer or assignment of property is ordered, the judge

(a) may give all necessary directions for the execution of the transfer or assignment by the executor or administrator or such other person as the judge may direct, or

(b) may grant a vesting order.

11(1) When an order is made under this Act, the order has effect as from the date of the deceased's death and the will, if

70. ...

(9) Lorsqu'un fonds de terre d'un contribuable qui est situé au Canada ou un bien amortissable d'une catégorie prescrite d'un contribuable qui est situé au Canada, et auquel les alinéas (5)a) et c) ou les alinéas (5)b) et d), selon le cas, s'appliqueraient par ailleurs, était utilisé, immédiatement avant le décès du contribuable, par ce dernier, son conjoint ou l'un de ses enfants dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise agricole et que le bien a, au moment du décès du contribuable ou postérieurement, et par suite de ce décès, été transféré ou transmis lors d'un partage à un enfant du contribuable qui résidait au Canada immédiatement avant le décès du contribuable et qu'il peut être établi, dans les 15 mois qui suivent le décès du contribuable ou dans le délai plus long qui est raisonnable dans les circonstances, que ce bien a été, par dévolution, irrévocablement acquis par l'enfant au plus tard dans les 15 mois suivant le décès du contribuable, les règles suivantes s'appliquent: . . .

159. ...

(2) Avant de procéder à la répartition de tous biens placés sous son contrôle, tout mandataire, liquidateur, administrateur, exécuteur testamentaire ou autre personne semblable, à l'exclusion d'un syndic de faillite, doit obtenir du Ministre un certificat attestant que les impôts, intérêts ou pénalités qui ont été fixés en vertu de la présente loi et qui sont imputables ou payables sur les biens, ont été acquittés ou que la garantie relative à leur acquittement a, conformément aux dispositions du paragraphe 220(4), été acceptée par le Ministre.

(3) Toute répartition de biens faite sans le certificat requis par le paragraphe (2) rend la personne tenue d'obtenir ce certificat personnellement responsable des impôts, intérêts et pénalités non payés.

Les autres dispositions pertinentes de la loi sont, notamment, les paragraphes 5(1), 5(4), 11(1), 17(1) et 18(1) de la *Family Relief Act*, R.S.A. 1980, chap. F-2 et les articles 3, 9 et 10 de la *Devolution of Real Property Act*, R.S.A. 1980, chap. D-34, modifiées:

Family Relief Act

[TRADUCTION] 5(1) Dans l'ordonnance prévoyant des dispositions pour l'entretien d'une personne à charge, le juge peut fixer les conditions et les restrictions qu'il estime convenables.

(4) S'il ordonne le transfert ou la cession de biens, le juge peut prendre les dispositions suivantes:

a) donner toutes les instructions nécessaires pour l'exécution du transfert ou de la cession par l'exécuteur testamentaire ou l'administrateur ou par les autres personnes qu'il désigne;

b) prononcer une ordonnance assignant les biens.

11(1) Lorsqu'une ordonnance est rendue en application de la présente loi, l'ordonnance prend effet à compter du décès du

any, has effect from that date as if it had been executed with such variations as are necessary to give effect to the order.

17(1) Until the expiration of 6 months from the grant of probate of the will or administration, the executor, administrator or trustee shall not distribute any portion of the estate to any beneficiary without the consent of all of the dependants of the deceased, or unless authorized to do so by order of a judge made on summary application.

18(1) On notice of any application being given to the executor, administrator or trustee, the estate is subject to the provisions of any order that may be made and the executor, administrator or trustee shall not proceed with the distribution of the estate otherwise than in accordance with that order.

Devolution of Real Property Act

3 Subject to the powers, rights, duties and liabilities mentioned in this Act, the personal representative of a deceased person holds the real property as trustee for the persons by law beneficially entitled thereto, and those persons have the same right to require a transfer of real property as persons beneficially entitled to personal property have to require a transfer of the personal property.

9 The personal representative may sell the real property for the purpose not only of paying debts, but also of distributing the estate among the persons beneficially entitled thereto, whether there are or are not debts, and it is not necessary for the persons beneficially entitled to concur in any such sale except when it is made for the purpose of distribution only.

10(1) Subject to this Act, no sale of real property for the purpose of distribution only is valid as respects any person beneficially interested, unless that person concurs therein.

Subsection 70(9) is one of the “roll-over” provisions in the *Income Tax Act*. It is an exception to subsection 70(5) which deems that a taxpayer has immediately before death disposed of his capital property and realized all accrued gains or losses. A roll-over gives a measure of tax relief to surviving members of a family unit by delaying the tax consequences of the deemed realization until the recipient subsequently disposes of the property. Subsection 70(9) thus allows a tax-free roll-over of farm land or depreciable property used in a farming business if it is “trans-

défunt et le testament, le cas échéant, prend effet à compter de cette date, comme s’il avait été fait, compte tenu des modifications nécessaires, dans le but de donner effet à l’ordonnance.

a 17(1) Avant l’expiration d’un délai de six mois suivant la date à laquelle les lettres d’homologation du testament ou les lettres d’administration auront été accordées, l’exécuteur testamentaire, l’administrateur ou le fiduciaire ne doit pas assigner une part de la succession à un bénéficiaire sans l’assentiment de toutes les personnes à charge du défunt, ou sans l’autorisation contenue dans une ordonnance d’un juge rendue sur demande sommaire.

c 18(1) Si l’avis de la présentation d’une demande est donné à l’exécuteur testamentaire, à l’administrateur ou au fiduciaire, la succession est assujettie à toute ordonnance qui peut être rendue et l’exécuteur testamentaire, l’administrateur ou le fiduciaire ne doit pas faire la distribution de l’actif, sauf en conformité avec l’ordonnance.

d *Devolution of Real Property Act*

[TRADUCTION] 3 Sous réserve des pouvoirs, droits, devoirs et obligations mentionnés dans la présente Loi, le représentant personnel du défunt détient les biens réels en qualité de fiduciaire des personnes qui disposent d’un droit bénéficiaire sur lesdits biens et ces personnes ont le même droit de demander le transfert des biens réels que celui que possèdent les personnes ayant un droit bénéficiaire sur des biens personnels de demander le transfert de ces derniers.

f 9 Le représentant personnel peut vendre les biens réels afin non seulement de payer les dettes, mais aussi de distribuer l’actif aux personnes qui disposent d’un droit bénéficiaire sur celui-ci, peu importe qu’il y ait ou non des dettes, et il n’est pas nécessaire que les personnes qui disposent d’un droit bénéficiaire consentent à cette vente, excepté si elle est effectuée dans le seul but de distribuer l’actif.

g 10(1) Sous réserve de la présente Loi, aucune vente de biens réels faite dans le seul but de distribuer l’actif n’est opposable aux personnes qui disposent d’un droit bénéficiaire, sauf si elles y consentent.

h Le paragraphe 70(9) est l’une des dispositions relatives au transfert libre d’impôt que contient la *Loi de l’impôt sur le revenu*. C’est une exception au paragraphe 70(5) selon lequel le contribuable est réputé avoir disposé d’un bien-fonds immédiatement avant son décès et avoir réalisé tous les gains ou pertes en capital. Le transfert libre d’impôt accorde un allègement fiscal aux membres survivants d’une famille en reportant les répercussions fiscales de la réalisation présumée jusqu’à ce que le bénéficiaire dispose des biens. Le paragraphe 70(9) permet donc le transfert

ferred or distributed” to the child on or after the death of the deceased and as a consequence thereof and if it is established within 15 months of the death of the deceased [or such longer period as is reasonable] that it has become “vested indefeasibly” in the child not later than 15 months after death.

Issue #1: Did the property vest indefeasibly in the children? What is the meaning of the words “vested indefeasibly in the child” in subsection 70(9)? Does an application under the *Family Relief Act* by the remaining spouse prevent the property from being “vested indefeasibly in the child”?

In support of their respective positions, the parties have both referred to the decision of the Federal Court of Appeal in *Hillis v. R.*, [1983] 6 W.W.R. 577. In *Hillis* the Court was called upon to interpret subsection 70(6) of the *Income Tax Act*, the “spousal roll-over” provision, and to consider the effect of an order under the Saskatchewan *Dependants’ Relief Act*, R.S.S. 1978, c. D-25, increasing a widow’s share of the deceased’s estate. The operative words in subsection 70(6) are similar to those found in subsection 70(9) and *Hillis*, therefore, requires close examination. The three members of the Court of Appeal, however, took very different approaches to the matter before them and delivered separate and very distinct reasons. Accordingly, although *Hillis* is very much on point, the directions provided by the Court of Appeal are somewhat unclear.

In *Hillis*, the taxpayer died intestate in Saskatchewan. Under the provincial succession legislation his widow and two sons acquired an interest in his estate. Long after the 15-month requirement set out in subsection 70(6), the taxpayer’s son executed a disclaimer by deed of his interest in the estate and the widow obtained an order under the *Dependants’*

libre d’impôt des terres agricoles ou des biens amortissables utilisés dans le cadre de l’exploitation d’une entreprise agricole s’ils sont «transférés ou transmis lors d’un partage» à l’enfant, au moment du décès du défunt ou postérieurement, et par suite de ce décès, et qu’il puisse être établi, dans les 15 mois qui suivent le décès du défunt [ou dans le délai plus long qui est raisonnable], qu’ils ont été «par dévolution, irrévocablement acquis» par l’enfant au plus tard dans les 15 mois suivant le décès.

Première question: Les biens ont-ils été, par dévolution, irrévocablement acquis par les enfants? Quel est le sens des mots «par dévolution, irrévocablement acquis par l’enfant» du paragraphe 70(9)? La demande présentée par l’épouse survivante en application de la *Family Relief Act* empêche-t-elle que les biens soient «par dévolution, irrévocablement acquis par l’enfant»?

À l’appui de leur thèse respective, les parties se sont toutes deux référées à la décision de la Cour d’appel fédérale *Hillis c. R.*, [1983] 6 W.W.R. 577. Dans l’arrêt *Hillis*, la Cour devait interpréter le paragraphe 70(6) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, la disposition relative au transfert libre d’impôt à l’épouse, et se prononcer sur l’effet d’une ordonnance rendue en vertu de la *Dependants’ Relief Act* de la Saskatchewan, R.S.S. 1978, chap. D-25, augmentant la part de la veuve dans la succession du défunt. Les mots clefs du paragraphe 70(6) sont semblables à ceux du paragraphe 70(9); il y a donc lieu d’étudier en détail l’arrêt *Hillis*. Les trois juges formant la Cour d’appel ont toutefois adopté des points de vue très divergents sur la question soumise et ont donné des motifs tout à fait distincts. Par voie de conséquence, quoique l’arrêt *Hillis* soit très pertinent, les solutions préconisées par la Cour d’appel sont un peu ambiguës.

Dans l’arrêt *Hillis*, le contribuable était décédé intestat en Saskatchewan. Selon la loi provinciale sur les successions, sa veuve et ses deux fils ont acquis des droits sur la succession. Longtemps après l’expiration du délai de 15 mois fixé au paragraphe 70(6), le fils du contribuable a signé un acte de renonciation à la succession et la veuve a obtenu une ordonnance

Relief Act vesting the entire estate in the widow. Pursuant to section 14 of that Act, the order purported to be retroactive to the date of the taxpayer's death. The administrators filed a terminal tax return and claimed a spousal roll-over under subsection 70(6) of the *Income Tax Act* with respect to the entire estate. The Minister reassessed on the basis that no part of the estate was subject to the roll-over.

Both Clement D.J. and Pratte J.A. held that the provincial legislation could not have effect for federal tax purposes. Therefore, section 14 of the *Dependants' Relief Act* could not alter the fact that the 15-month period had expired and that the property did not vest within the time limits set out in subsection 70(6) of the *Income Tax Act*. Clement D.J. commented at page 598:

When a relief order is made it operates to affect the expectations or vesting arising out of a testamentary disposition By no stretch can this language [section 14] import a deemed will into another statute or act for a different purpose.

He held that the succession legislation nevertheless effected an indefeasible vesting in the widow of \$10,000 and one-third of the residue and he allowed the roll-over with respect to that amount. He reasoned (at pages 596-598):

The question of indefeasible vesting within the prescribed period is to be determined by provincial law, subject to what I have to say later. The Intestate Succession Act is necessarily the starting point In my opinion, the provisions come into operation upon the death of the intestate and effect an indefeasible vesting in the beneficiary of the interest provided, to which the administrators must give effect, albeit subject to dealings with the vested interest by the beneficiary. In this view, the vesting of the interest is not dependent upon an order of the court granting administration of the intestate's estate: it takes place by force of imperative statutory provision operating at the moment of death of an intestate.

Beyond this, it may be observed that there was no certainty within the prescribed 15-month period that any part of the estate, beyond that already vested in her by the Intestate Succession Act, would be the subject of a relief order nor what terms the court might impose. [Emphasis added.]

en vertu de la *Dependants' Relief Act* lui attribuant tout l'actif. Conformément à l'article 14 de cette Loi, l'ordonnance était présumée rétroactive à la date du décès du contribuable. Les administrateurs ont produit la déclaration de revenus définitive et demandé le transfert libre d'impôt à l'épouse en application du paragraphe 70(6) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* à l'égard de tout l'actif. Le ministre a établi une nouvelle cotisation en considérant qu'aucune partie de l'actif n'était l'objet du transfert libre d'impôt.

Le juge suppléant Clement et le juge Pratte, J.C.A., ont décidé que la loi provinciale n'avait pas d'effet quant à l'impôt fédéral. Par conséquent, l'article 14 de la *Dependants' Relief Act* ne pouvait pas changer le fait que le délai de 15 mois était expiré et que les biens n'avaient pas été acquis dans le délai fixé au paragraphe 70(6) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. À la page 598, le juge suppléant Clement fait observer:

Lorsqu'une ordonnance d'exonération est rendue, elle a pour effet d'influer sur les perspectives ou sur la dévolution découlant d'une disposition testamentaire . . . Ce texte [article 14] ne peut d'aucune façon introduire un testament présumé dans une autre loi ni agir dans un but différent.

Il a conclu que la loi sur les successions entraînait néanmoins une dévolution irrévocable à la veuve d'une somme de 10 000 \$ et d'un tiers du reliquat et il a permis le transfert libre d'impôt à l'égard de cette somme. Il a fait le raisonnement suivant, aux pages 596 à 598:

Sous réserve de ce que j'aurai à dire plus tard, la question de la dévolution irrévocable doit être réglée par une loi provinciale. La *Intestate Succession Act* est nécessairement le point de départ . . . À mon avis, les dispositions prennent effet au décès de l'intestat et entraînent une dévolution irrévocable des droits prescrits en faveur du bénéficiaire. Les administrateurs doivent donner effet à cette dévolution, bien que sous réserve de la disposition, par le bénéficiaire, des droits dévolus. Dans cette optique, la dévolution des droits ne dépend pas d'une ordonnance de la Cour accordant l'administration de la succession de l'intestat: elle se produit en vertu d'une disposition légale impérative entrant en vigueur au moment du décès de l'intestat.

En outre, on peut relever qu'il n'était pas certain que, dans le délai de 15 mois prescrit, une partie de la succession, au-delà de celle qui avait déjà été dévolue à la veuve par la *Intestate Succession Act*, serait assujettie à une ordonnance d'exonération, pas plus qu'on ne savait quelles seraient les conditions que la Cour pourrait imposer. [Non souligné dans le texte original.]

He acknowledged at page 599 that the effect of the son's disclaimer and the order "was an accretion to the interest of the spouse of whatever net estate might then be left" but he determined that they occurred "at a time when the spouse's right to relief from tax had already crystallized under the provisions of the *Intestate Succession Act*". He concluded, therefore, that the accretion did not vest indefeasibly in the spouse within the prescribed 15 months.

Pratte J.A. dismissed the appeal. He agreed that the two-thirds interest in the residue granted under the order did not vest indefeasibly within the time period but he added that no portion of the estate was entitled to the roll-over. He reasoned that, since the estate had not been fully administered within the time period, the widow did not obtain a specific interest in any of the property but only a right to receive certain sums of money. In his opinion [at page 584], "Mrs. Hillis' rights under the Intestate Succession Act were merely rights to a sum of money and to a share of the residue of the estate". He considered the question [at page 583], "when did the estate become indefeasibly vested in Mrs. Hillis?" and he remarked at page 583:

In my view, when the disclaimers were executed and when the order was pronounced since the effects of the disclaimers and the court order, in spite of their retroactivity, did not exist as long as the disclaimers were not executed and the court order was not pronounced. It is only when the disclaimers were executed and the court order was pronounced that Mrs. Hillis became entitled to the whole of her husband's estate with retroactive effect to the date of his death. If, therefore, the disclaimers and the court order had, as contended by the appellants, the effect of vesting the estate in Mrs. Hillis, that effect did not take place within 15 months after the death of Mr. Hillis.

Heald J.A., on the other hand, was of the opinion that the wording of subsection 70(6) clearly shows that (at page 587) "Parliament contemplated that the law of the provinces in respect of the disposition of property on or after death, being matters relating to property and civil rights, would apply so as to control the application of s. 70(6)". He, therefore, held that in accordance with section 14 of the *Dependants' Relief Act*, the order took effect from the date of death and

À la page 599, il a reconnu que la renonciation du fils et l'ordonnance avaient «pour effet un accroissement du droit du conjoint dans la valeur nette de la succession qui pouvait exister à l'époque», mais il a décidé qu'ils s'étaient produits «à un moment où son droit à une exonération fiscale s'était déjà cristallisé en vertu des dispositions de la *Intestate Succession Act*». Il a donc conclu que l'accroissement n'avait pas été, par dévolution, irrévocablement acquis par le conjoint dans le délai prescrit de 15 mois.

Le juge Pratte, J.C.A., a rejeté l'appel. Il a dit lui aussi que le droit aux deux tiers du reliquat accordé par l'ordonnance n'avait pas été, par dévolution, irrévocablement acquis dans le délai, mais il a ajouté qu'aucune partie de la succession ne pouvait être transférée libre d'impôt. Selon son raisonnement, comme l'administration de la succession n'avait pas été achevée avant l'expiration du délai, la veuve n'avait aucun droit particulier à un des biens, mais seulement le droit de recevoir des sommes d'argent. À son avis [à la page 584], «les droits de madame Hillis en vertu de la *Intestate Succession Act* portaient uniquement sur une somme d'argent et sur une part du reliquat de la succession». Il a examiné la question [à la page 583]: «Quand est-ce que les biens ont été, par dévolution, irrévocablement acquis par madame Hillis?», puis a fait remarquer, à la page 583:

À mon avis, lorsque les renonciations ont été signées et que l'ordonnance a été rendue, étant donné que les effets des unes et de l'autre, en dépit de leur rétroactivité, n'existaient pas tant que les renonciations n'avaient pas été signées et que l'ordonnance de la Cour n'avait pas été rendue. Ce n'est que lorsque cela a été fait que madame Hillis a eu droit à la totalité de la succession de son mari, avec effet rétroactif à la date du décès de ce dernier. Par conséquent, si, comme le prétendent les appelants, les renonciations et l'ordonnance de la Cour avaient eu pour effet de transmettre les biens à madame Hillis, cet effet ne n'est pas produit dans les 15 mois qui ont suivi le décès de M. Hillis.

En revanche, le juge Heald, J.C.A., a été d'avis qu'il ressortait clairement du libellé du paragraphe 70(6) que, à la page 587 «le législateur envisageait que la loi des provinces concernant la disposition de biens lors du décès ou postérieurement, étant une matière relative aux biens et aux droits civils, s'appliquerait de manière à contrôler l'application du paragraphe 70(6)». Il a donc décidé que l'ordonnance rendue en vertu de l'article 14 de la *Dependants' Relief*

from that date [at page 588] “vesting the entire estate of the deceased taxpayer in the widow, which vesting is deemed to have had effect from the taxpayer’s death.” The spouse’s interest was established within a reasonable time and thus the entire estate was subject to the roll-over.

The result in *Hillis* then was that, under subsection 70(6) of the Act, the deceased taxpayer’s estate was allowed a spousal roll-over of the sum of \$10,000 and one-third of the residue that had passed to her in accordance with the succession legislation. However, a roll-over of the additional property given to the spouse under the dependants’ relief legislation was not allowed. It should be noted that by virtue of subsection 9(2) of the Saskatchewan *Dependants’ Relief Act*, no order thereunder could give the wife of a testator less than she would have obtained under the succession legislation.

Submissions — Issue #1

The plaintiff submits that the property had “vested indefeasibly” in the children, notwithstanding the spouse’s application under the *Family Relief Act*. As “vesting” is a concept known to equity, equitable concepts must be applied to determine its meaning. Accordingly, the plaintiff submits that an interest is “vested indefeasibly” if the gift is not contingent upon a condition precedent or subject to a condition subsequent or determining event. The statutory power to rearrange beneficial interests as found in the *Family Relief Act* is irrelevant to the concept of “vested indefeasibly” in that, according to the common law of real property, an interest which has vested can only be defeasible if there is a condition subsequent contained in the document creating the interest. The plaintiff submits that if this were not the case, the mere existence of dependant relief legislation, or any other statutory power to rearrange beneficial interests (such as expropriation and municipal taxation statutes which provide for the forfeit of property in the event of a failure to pay municipal property taxes), would defeat the vested interest

Act avait pris effet à la date du décès et, à compter de cette date, [à la page 588] «transmis la totalité de la succession du contribuable décédé à la veuve, transmission qui est réputée avoir pris effet à partir du décès de ce contribuable». Il avait été établi que le droit du conjoint avait été acquis dans un délai raisonnable et, par conséquent, toute la succession faisait l’objet d’un transfert libre d’impôt.

Ainsi, dans l’arrêt *Hillis*, la Cour a permis, en conformité avec le paragraphe 70(6) de la Loi, en ce qui concerne la succession du contribuable décédé, le transfert libre d’impôt à l’épouse d’une somme de 10 000 \$ et d’un tiers du reliquat qui lui avait été transmis en application de la loi sur les successions. Toutefois, le transfert libre d’impôt des autres biens attribués à l’épouse conformément à la loi sur le secours aux personnes à charge n’a pas été autorisé. Il convient de noter qu’en vertu du paragraphe 9(2) de la *Dependants’ Relief Act* de la Saskatchewan, aucune ordonnance en vertu de cette Loi ne pouvait accorder à l’épouse du testateur une allocation inférieure à ce que la loi sur les successions lui aurait attribué.

Arguments — Première question

La demanderesse soutient que les biens avaient été «par dévolution, irrévocablement acquis» par les enfants, en dépit de la demande de l’épouse en application de la *Family Relief Act*. Puisque l’«acquisition par dévolution» est une notion relevant de l’*equity*, il faut appliquer les principes de l’*equity* pour en déterminer le sens. Par conséquent, la demanderesse affirme qu’un droit est «irrévocablement acquis, par dévolution» si la donation ne dépend pas d’une condition suspensive ou d’une condition résolutoire ou d’un événement futur. Le pouvoir qu’accorde la *Family Relief Act* de redistribuer les droits bénéficiaires n’est pas pertinent par rapport à la notion d’«acquisition irrévocable par dévolution» car, suivant les règles de la common law en matière immobilière, un droit acquis par dévolution ne peut être révoqué que si une condition résolutoire est contenue dans l’acte créant ce droit. La demanderesse soutient que dans le cas contraire, l’existence même d’une loi sur le secours aux personnes à charge ou de tout autre pouvoir attribué par la loi de redistribuer les droits bénéficiaires (telles les lois sur l’expropriation et sur

whether or not an application is made. Thus no roll-over would ever be available to a deceased taxpayer.

The plaintiff states that the fact that in *Hillis* the widow's interest under the provincial succession legislation could not be reduced by an order under the dependants' relief legislation was not critical to the Court's determination that such interest had vested indefeasibly. The Saskatchewan *Dependants' Relief Act* is extraordinary in that corresponding legislation in other provinces does not contain a similar provision maintaining that a widow's portion is irreducible. Thus, if irreducibility were the test for indefeasibility, then roll-overs under the *Income Tax Act* would only be available to widows in Saskatchewan. Similarly, because provincial dependant relief legislation does not grant an irreducible share to children, no roll-overs could ever operate in favour of children.

If, however, the dependant relief legislation is deemed to have the same effect as a condition subsequent, the plaintiff submits that the children are entitled to the roll-over with respect to the property which they actually received and which was not affected by the order. Because only a successful application under the *Family Relief Act* is operative to divest the beneficiaries of their interests under the original will, the order does not affect the remaining portion of the property left to the children. Therefore, the roll-over applies to the property not affected by the order as it was always vested in the children and remains so even after the order. The plaintiff suggests that if, as in *Hillis*, the widow was not vested with the incremental property until the actual date of the order, it must follow that the children were not divested of their interest therein until the same date.

la taxation municipale qui prévoient la confiscation de biens en cas de défaut de payer les impôts fonciers municipaux) révoquerait le droit acquis par dévolution, qu'une demande soit présentée ou non. Par conséquent, aucun transfert libre d'impôt ne serait jamais possible pour un contribuable décédé.

La demanderesse affirme que le fait que, dans l'arrêt *Hillis*, le droit de la veuve en vertu de la loi provinciale sur les successions ne pouvait pas être réduit par l'application d'une ordonnance rendue sous le régime de la loi sur le secours aux personnes à charge, n'était pas un facteur déterminant en fonction duquel la Cour a décidé que ce droit avait été, par dévolution, irrévocablement acquis. La *Dependants' Relief Act* de la Saskatchewan est une loi extraordinaire en ce sens que les lois correspondantes des autres provinces ne contiennent pas de disposition semblable selon laquelle la part de la veuve est irréductible. Par conséquent, si l'irréductibilité était le critère selon lequel est déterminée l'irrévocabilité, alors les transferts libres d'impôt prévus dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne seraient possibles que pour les veuves de la Saskatchewan. De la même façon, parce que les lois provinciales sur le secours aux personnes à charge n'attribuent pas une part irréductible aux enfants, aucun transfert libre d'impôt aux enfants ne serait possible.

Toutefois, si la loi sur le secours aux personnes à charge est réputée avoir le même effet qu'une condition résolutoire, la demanderesse soutient que les enfants ont droit au transfert libre d'impôt des biens qu'ils ont effectivement reçus et que ne visait pas l'ordonnance. Parce que seule une demande accordée conformément à la *Family Relief Act* peut avoir pour effet de priver les bénéficiaires de leurs droits en vertu du testament initial, l'ordonnance n'a aucun effet à l'égard du reste des biens transmis aux enfants. Par conséquent, le transfert libre d'impôt s'applique aux biens non visés par l'ordonnance car ils ont toujours été dévolus aux enfants et le restent même après l'ordonnance. De l'avis de la demanderesse, si, comme dans l'arrêt *Hillis*, la veuve n'avait pas, par dévolution, acquis les autres biens avant la date à laquelle l'ordonnance a été rendue, il s'ensuit que les enfants n'ont pas été privés de leurs droits sur ceux-ci avant cette même date.

The defendant submits that even if the property had vested in the beneficiaries immediately upon the death of the taxpayer, it was not capable of “vesting indefeasibly” until the application was settled and an order was issued under the Alberta *Family Relief Act* within the time limits set out in subsection 70(9). Although the children acquired rights to the residue under the terms of the will, the particulars of those rights were not ascertained until after the Court order was made. The *Family Relief Act* allows a dependant to make an application within six months of the grant of probate of a will and provides that, upon notice of the application to the executor, the distribution of the estate shall not proceed otherwise than in accordance with that Act. By virtue of section 5, the Court has power to divest title to property left to a beneficiary under a will. Therefore, the defendant submits that, in Alberta, property can only vest indefeasibly in a beneficiary either upon the expiry of the six-month period where no application has been made or upon Court order. Until then, the children do not have a specific or certain interest in the property.

The defendant states that this interpretation of subsection 70(9) is consistent with the public policy purpose of assisting children who want to stay on the land and continue to use the depreciable farming property. Furthermore, the “transferred or distributed” requirement tests the seriousness of their commitment to continue farming. The defendant recognizes that the 15-month period places a constraint on the parties to ensure that the taxation issue will be determined in a timely fashion. It is suggested that, in the event of a family relief application, the parties will have to conduct their affairs accordingly as the application may frustrate their ability to take advantage of the subsection 70(9) exemption from taxation.

The defendant submits that the “no risk” aspect of the widow’s one-third share of the residue in *Hillis* was crucial to Mr. Justice Clement’s conclusion that such share vested indefeasibly. In the defendant’s opinion, the combined decisions of Clement D.J. and

La défenderesse soutient que, même si les biens avaient été, par dévolution, acquis par les bénéficiaires dès le décès du contribuable, ils ne pouvaient pas être, «par dévolution, irrévocablement acquis» tant que la demande n’avait pas été réglée et l’ordonnance rendue conformément à la *Family Relief Act* de l’Alberta, dans les délais fixés au paragraphe 70(9). Quoique les enfants aient acquis des droits sur le reliquat en vertu du testament, la nature exacte de ces droits n’a été déterminée qu’après que la Cour eut rendu son ordonnance. La *Family Relief Act* permet à une personne à charge de présenter une demande dans les six mois suivant l’homologation du testament et prévoit que, sur avis de la demande à l’exécuteur testamentaire, la distribution de l’actif ne doit pas être faite, sauf en conformité avec cette Loi. En application de l’article 5, le tribunal est habilité à dessaisir un bénéficiaire du titre de propriété légué par testament. Par conséquent, la défenderesse affirme qu’en Alberta, les biens ne peuvent être, par dévolution, irrévocablement acquis par un bénéficiaire que, soit à l’expiration du délai de six mois, si aucune demande n’a été présentée, soit par l’effet de l’ordonnance du tribunal. Jusqu’à ce moment-là, les enfants n’ont pas de droit particulier ou déterminé sur les biens.

La défenderesse affirme que cette interprétation du paragraphe 70(9) est compatible avec l’objectif de l’État d’aider les enfants qui veulent s’établir sur la ferme et continuer d’utiliser les biens amortissables à des fins agricoles. Au surplus, l’exigence que les biens aient été «transférés ou transmis lors d’un partage» met à l’épreuve le caractère sérieux de leur engagement à continuer l’exploitation de la ferme. La défenderesse reconnaît que le délai de 15 mois impose aux parties l’obligation de s’assurer que les questions fiscales seront réglées dans un délai raisonnable. Selon son argument, en cas de demande de secours à la famille, les parties doivent prendre les mesures qui s’imposent car la demande peut les priver de la possibilité de se prévaloir de l’exonération d’impôt prévue au paragraphe 70(9).

La défenderesse soutient que, dans l’affaire *Hillis*, le fait que la part de la veuve, soit un tiers du reliquat, n’était «aucunement en danger» a été un facteur crucial qui a amené le juge Clement à conclure que cette part avait été, par dévolution, irrévocablement

Pratte J.A. indicate that if there is any doubt or uncertainty which is not resolved within the time frame established in subsection 70(9), a deemed disposition pursuant to subsection 70(5) will apply. Here, because there was no certainty at any time during the 15-month period as to who would finally be entitled to any particular parcel, the defendant submits that an interest in the property was not vested indefeasibly.

acquise. De l'avis de la défenderesse, les décisions combinées du juge suppléant Clement et du juge Pratte, J.C.A., indiquent que, si un doute ou une incertitude subsiste à l'expiration du délai fixé au paragraphe 70(9), une disposition présumée s'applique en conformité avec le paragraphe 70(5). En l'espèce, parce qu'il n'y avait aucune certitude à quelque moment que ce soit au cours de la période de 15 mois quant à la question de savoir qui aurait en définitive droit à une parcelle déterminée, la défenderesse soutient qu'aucun droit sur les biens n'avait été, par dévolution, irrévocablement acquis.

Analysis — Issue #1

It is useful to consider dictionary definitions of the terms at issue:

Vested interest. A present right or title to a thing, which carries with it an existing right of alienation, even though the right to possession or enjoyment may be postponed to some uncertain time in the future, as distinguished from a future right, which may never materialize or ripen into title, and it matters not how long or for what length of time the future possession or right of enjoyment may be postponed, if the present right exists to alienate and pass title It is not the uncertainty of enjoyment in the future, but the uncertainty of the right of enjoyment, which makes the difference between a "vested" and a "contingent" interest.

Defeasible. Subject to be defeated, annulled, revoked, or undone upon the happening of a future event or the performance of a condition subsequent, or by a conditional limitation. Usually spoken of estates and interests in land. For instance, a mortgagee's estate is defeasible (liable to be defeated) by the mortgagor's equity of redemption.

Defeasible title. One that is liable to be annulled or made void, but not one that is already void or an absolute nullity.

Indefeasible. That which cannot be defeated, revoked, or made void. This term is usually applied to an estate or right which cannot be defeated.

Black's Law Dictionary, 5th Ed.

Indefeasible, not to be made void.

Jowitt's Dictionary of English Law

Indefeasible. . . . Not defeasible; not liable to be made void, or done away with; that cannot be forfeited.

c Analyse — Première question

Il est utile d'examiner les définitions que donnent les dictionnaires des termes en cause:

[TRADUCTION] **Droit dévolu.** Droit ou titre actuel sur une chose qui comporte le droit d'aliéner, encore que le droit à la possession ou à la jouissance soit différé à une date incertaine dans l'avenir, par opposition à un droit futur, qui peut ne jamais se concrétiser ni être consacré dans un titre, et le temps durant lequel la possession future ou le droit à la jouissance peut être différé importe peu, si le droit d'aliéner et de transmettre le titre existe déjà. [. . .] Ce n'est pas l'incertitude de la jouissance dans l'avenir, mais l'incertitude du droit de jouir, qui fait la différence entre un droit «dévolu» et un droit «éventuel».

f Révocable. Susceptible d'être annulé ou résilié si un événement futur se produit ou si une condition résolutoire se réalise, notamment en cas de dévolution d'héritage. S'entend d'ordinaire des biens et des droits réels. Par exemple, le droit du créancier hypothécaire est révocable (susceptible d'être annulé) par le droit de rachat du débiteur hypothécaire.

Titre révocable. Titre susceptible d'être annulé, autre qu'un titre déjà nul ou radicalement nul.

Irrevocable. Qui ne peut pas être annulé. Ce terme vise d'ordinaire les droits réels ou autres qui ne peuvent pas être révoqués.

Black's Law Dictionary, 5th Ed.

[TRADUCTION] **Irrevocable.** Ne pouvant être annulé.

Jowitt's Dictionary of English Law

[TRADUCTION] **Irrevocable** . . . Non révocable; non susceptible d'être annulé ou résilié, qui ne peut pas être perdu.

Shorter Oxford English Dictionary, 3rd Edition

Thomas G. Feeney in *The Canadian Law of Wills*, Vol. 2, (Toronto: Butterworths, 1987), discusses the meaning of “vest” (at page 258):

The word “vest” is also used in the sense of the gift vesting in possession, or it being payable or transferable, in the case of a pecuniary legacy or other gift of personal property, of the devisee being entitled to possession, in the case of land. This is the sense of “vest” where a gift is absolutely vested on the testator’s death and is not postponed at all. . . . Also, a gift becomes vested in possession when it is no longer subject to a legal postponement.

Whether property was “vested indefeasibly” in a spouse as required by subsection 7(1) of the *Estate Tax Act*, S.C. 1958, c. 29, was considered in *Dontigny Estate v. The Queen*, [1974] 1 F.C. 418 (C.A.). In that case, the deceased’s will provided that his widow would inherit all his property subject to the condition that if she remarried his real estate should pass to his children or grandchildren at that time. Jackett C.J., for the Court, held (at page 421) that the property was not “vested indefeasibly” in the widow in the light of this condition:

Regardless of whether the will created a substitution, within the meaning of the word in the *Civil Code* of Quebec, when it gave to the widow the testator’s real property subject to the requirement that, if she remarried, the real property would pass to the children or the grandchildren at the time of the remarriage, . . . the widow received the property under the will, not absolutely, but subject to title passing to the children or grandchildren if she re-married. In my view, such a will does not vest the property in the widow “indefeasibly”. A gift that is subject to being defeated or terminated on an event such as remarriage is defeasible and does not, therefore, fall within the principal part of section 7(1)(a). [Emphasis added.]

In *Lucky, Mr v MNR*, [1972] CTC 2412 (T.R.B.) Maurice Boisvert, Q.C. referred to the definition of “defeasible” in *Osborn’s Concise Law Dictionary* — “[a]n estate or interest in property, which is liable to be defeated or terminated by the operation of a condition subsequent or conditional limitation.” He observed (at page 2415) that “[t]here was nothing in

Shorter Oxford English Dictionary, 3rd Edition

Dans son ouvrage *The Canadian Law of Wills*, vol. 2, (Toronto: Butterworths, 1987), Thomas G. Feeney étudie la signification du mot «dévolution», à la page 258:

[TRADUCTION] Le mot «dévolution» s’entend aussi, soit de la donation de droits de jouissance immédiate, ou payables ou transférables, dans le cas du legs de sommes en espèces ou de la donation de biens personnels, soit du droit à la possession acquis par le légataire, dans le cas de bien-fonds. C’est le sens du mot «dévolution» quand une donation est purement et simplement exécutée au décès du testateur et n’est aucunement différée. . . . En outre, une donation emporte la jouissance immédiate quand elle n’est plus susceptible d’être différée conformément à la loi.

La question de savoir si les biens avaient été «dévolus irrévocablement» au conjoint, au sens du paragraphe 7(1) de la *Loi de l’impôt sur les biens transmis par décès*, S.C. 1958, chap. 29, a été examinée dans l’arrêt *La succession Dontigny c. La Reine*, [1974] 1 C.F. 418 (C.A.). Dans cette affaire-là, le testament du défunt disposait que la veuve était légataire universelle sous réserve de l’obligation, si elle se remariait, de remettre tous les biens-fonds à ses enfants ou à ses petits-enfants vivant à ce moment-là. Le juge en chef Jackett a décidé, au nom de la Cour, à la page 421, que les biens n’avaient pas été «dévolus irrévocablement» à la veuve, étant donné cette condition:

[. . .] la question de savoir si le testateur a créé une «substitution», au sens du *Code civil* de la province de Québec, en léguant ses immeubles à sa veuve sous réserve de l’obligation de les remettre, si elle se remarie, aux enfants ou aux petits-enfants vivant au moment du second mariage. Indépendamment de cette question, il est constant que, aux termes du testament, la propriété des biens n’était pas dévolue purement et simplement à la veuve, mais devait, au cas de son remariage, passer aux enfants, ou aux petits-enfants. À mon sens, un tel testament n’attribue pas «irrévocablement» les biens à la veuve. Une libéralité qui est susceptible d’être annulée ou résiliée lors d’un événement tel qu’un remariage, est révocable et, par conséquent, ne relève pas de la partie principale de l’article 7(1)a. [Non souligné dans le texte original.]

Dans *Lucky, M c MRN*, [1972] CTC 2412 (C.R.I.), Maurice Boisvert, c.r., se réfère à la définition du mot «révocable» donnée dans le *Osborn’s Concise Law Dictionary* — [TRADUCTION] «droit réel susceptible d’être résilié ou annulé par l’effet d’une condition résolutoire, notamment en cas de dévolution d’héritage». Il fait observer, à la page 2415, que [TRADUC-

the will which could render [the] vested property defeasible” and concluded that “[f]rom the moment the will was probated, the appellant had an absolute title to the estate.” Finally, in *Greenwood Estate v. The Queen* (1990), 90 DTC 6690 (F.C.T.D.), Madam Justice Reed stated that [at page 6691] “[i]ndefeasible vesting requires that the person in whom the property is vested have the right to determine whether or not the property will be retained by him or her or disposed of to another.” In that case, the deceased taxpayer’s estate was subject to an agreement of purchase and sale executed by him prior to his death and the property affected by the agreement was not found to be indefeasibly vested in the spousal trust created by the will.

I do not agree with counsel for the defendant that concepts and terminology from estates and real property law do not assist in the interpretation of the *Income Tax Act*. Language associated with these areas has been used and any interpretation must take into account the meanings ascribed to the terms. In the law of real property a distinction is drawn between “vested” and “contingent” interests. A “vested interest” may be “vested in possession” where the recipient has a present right of enjoyment, or “vested in interest” where the right of enjoyment is postponed even though an already subsisting right in property is vested in its owner. An interest is vested if two requirements are satisfied: (i) the person(s) entitled to it must be ascertained; and (ii) it must be ready to take effect in possession forthwith, and be prevented from doing so only by the existence of some prior interest(s): Megarry and Wade, *The Law of Real Property* (London: Stevens & Sons Limited, 1984), pages 231-232. A “contingent interest”, on the other hand, is one which will give no right of enjoyment unless or until a future event, called a condition precedent, occurs.

A vested interest is liable to be defeated or “defeasible” if it is subject to a condition subsequent or determinable limitation. There is ample authority for the proposition that the condition or limitation must be contained in the grant. For instance, in Oosterhoff & Rayner, *Anger and Honsberger: The Law of Real Property*, 2nd ed.: Canada Law Book, 1985, at page 125 it is stated that “it [a condition subsequent] is

TION] «le testament n’avait pas pour effet de rendre irrévocable la dévolution des biens» et il a conclu que [TRADUCTION] «dès l’homologation du testament, l’appelante avait acquis un titre absolu sur les biens». Pour terminer, dans *Succession Greenwood c. La Reine* (1990), 90 DTC 6690 (C.F. 1^{re} inst.), Madame le juge Reed a dit [à la page 6691] que, «pour qu’un bien soit irrévocablement dévolu, il faut que le bénéficiaire ait le droit de décider s’il le gardera ou s’il l’aliénera.» Dans cette affaire-là, la succession du contribuable décédé avait été l’objet d’une convention de vente qu’il avait signée avant son décès et les biens visés par la convention n’ont pas été tenus pour irrévocablement dévolus à la fiducie en faveur du conjoint constituée en vertu du testament.

Je ne conviens pas avec l’avocat de la défenderesse que les notions et la terminologie du droit des successions et des biens immobiliers n’aident pas à interpréter la *Loi de l’impôt sur le revenu*. C’est le langage associé à ces domaines qui a été employé et toute interprétation doit tenir compte du sens donné à ces termes. En droit des biens immobiliers, une distinction a été établie entre les droits «dévolus» et les droits «éventuels». Un «droit dévolu» peut être un droit «acquis de jouissance immédiate» si le bénéficiaire a le droit actuel de jouissance, ou un droit «acquis de jouissance future» si le droit de jouissance est différé, encore qu’un droit existant ait été acquis par le propriétaire. Deux conditions doivent être remplies pour qu’un droit soit dévolu: (i) la personne qui y a droit doit être déterminée; (ii) elle doit être prête à en prendre possession immédiatement et n’en être empêchée que par l’existence d’un droit antérieur: Megarry and Wade, *The Law of Real Property* (London: Stevens & Sons Limited, 1984), aux pages 231 et 232. En revanche, un «droit éventuel» est un droit qui n’attribue pas de droit de jouissance avant qu’un événement futur ne se réalise, c’est-à-dire l’accomplissement d’une condition suspensive.

Un droit dévolu est susceptible d’être résilié ou «révocable» s’il est l’objet d’une condition résolutoire, notamment en cas de dévolution d’héritage. L’on peut s’appuyer sur nombre d’autorités pour soutenir que la condition doit être contenue dans l’acte de concession. Par exemple, Oosterhoff & Rayner, dans *Anger and Honsberger: The Law of Real Property*, 2^e éd.: Canada Law Book, 1985, à la page 125,

created by the addition of a condition to a grant . . . which may cut the estate short at the instance of the grantor.” [Underlining added.] It thus appears that to be vested “indefeasibly” an interest must not be subject to a condition subsequent or a determinable limitation set out in the grant.

Here, the interest in the property is unquestionably vested: there is no condition precedent to be fulfilled before the gift can take effect; the children, the persons entitled to it, are ascertained; and, they are ready to take possession forthwith, there being no prior interests in existence. The children’s vested interest is also not defeasible as it is not subject to a condition subsequent contained in the will. Clearly the taxpayer has not otherwise restricted the children’s right to retain, deal with, or sell the property, as they have done in this instance. The interest is then “vested indefeasibly” in accordance with the ascribed meanings of the terms. This is consistent with the decision of Clement D.J. in *Hillis*, that upon the death of the intestate, the provisions of the *Intestate Succession Act* become operative and effect an indefeasible vesting in the beneficiary of the interest provided therein.

However, there is one other troublesome matter. In *Hillis* Clement D.J. noted (at page 597) that the widow’s interest under the *Intestate Succession Act* was irreducible in the light of subsection 9(2) of the *Dependants’ Relief Act*:

Section 9(2) ordains in mandatory terms that no allowance of relief to a spouse shall be less than would go to the spouse on an intestacy and this, I think, expresses public policy in Saskatchewan as to the minimum rights of a spouse in the deceased spouse’s estate — subject, of course, to restrictions that are not applicable here. No order under this statute can affect adversely the vesting effected by the *Intestate Succession Act*.

However, Mr. Justice Clement’s earlier comments (at pages 596-597) support the plaintiff’s position that, despite the fact that the children’s interests were indeed adversely affected by the order, they neverthe-

affirment que [TRADUCTION] «une condition résolutoire est créée par l’insertion d’une condition dans un acte de concession qui peut mettre fin au droit à la demande du concédant» [soulignements ajoutés]. Il semble donc qu’un droit est dévolu «irrévocablement» s’il n’est pas l’objet d’une condition résolutoire, notamment en cas de dévolution d’héritage, énoncée dans l’acte de concession.

En l’espèce, le droit sur les biens a incontestablement été dévolu: il n’y a aucune condition suspensive qui doit se réaliser avant que la libéralité prenne effet; les enfants, soit les ayants droit, sont déterminés; ils sont prêts à en prendre possession immédiatement, puisqu’il n’y a aucun autre droit antérieur existant. Le droit dévolu aux enfants n’est pas non plus révocable car il n’est pas l’objet d’une condition résolutoire contenue dans le testament. De toute évidence, le contribuable n’a pas limité de quelque autre manière le droit des enfants de conserver, d’aliéner ou de vendre les biens, comme ils l’ont fait en l’occurrence. Le droit est donc, «par dévolution, irrévocablement acquis» au sens de ces termes tels que définis. Cette conclusion est conforme à la décision du juge suppléant Clement dans *Hillis*, selon laquelle les dispositions de la *Intestate Succession Act* prennent effet au décès de l’intestat et entraînent une dévolution irrévocable des droits prévus en faveur du bénéficiaire.

Toutefois, une autre question gênante demeure. Dans l’arrêt *Hillis*, le juge suppléant Clement a fait remarquer, à la page 597, que le droit de la veuve en vertu de la *Intestate Succession Act* était irréductible étant donné le paragraphe 9(2) de la *Dependants’ Relief Act*:

Le par. 9(2) prescrit, en termes impératifs, qu’aucune allocation pour entretien accordée à un conjoint ne doit être inférieure à ce que ce dernier aurait reçu dans une succession *ab intestat*. Cela, à mon avis, exprime la politique gouvernementale en Saskatchewan quant aux droits minimums que possède un conjoint dans la succession de son conjoint décédé — sous réserve, évidemment, de restrictions qui ne sont pas applicables en l’espèce. Aucune ordonnance prise en vertu de la susdite loi ne peut porter préjudice à la dévolution des biens prévue par la *Intestate Succession Act*.

Les observations antérieures du juge Clement, aux pages 596 et 597, étayaient cependant le point de vue de la demanderesse, qui affirme qu’en dépit du fait que les droits des enfants aient été, de fait, réduits par

less were indefeasibly vested, at least to the extent that they were not affected by the order:

Section 4 [of the *Intestate Succession Act*] [am. 1978 (Suppl.), c. 34, s. 3], in imperative terms entitles the spouse to \$10,000 and secures payment to her by a charge on the estate. It further provides that one-third of the residue shall go to her, and this is also in imperative terms. By necessary implication the remaining two-thirds of the residue goes to the children in similar fashion. In themselves these provisions allow for no equivocation or subsequent divesting ab initio: no doubt the interest given can be dealt with subsequently but not on the basis of repeal of the statutory grant. In my opinion, the provisions come into operation upon the death of the intestate and effect an indefeasible vesting in the beneficiary of the interest provided, to which the administrators must give effect, albeit subject to dealings with the vested interest by the beneficiary. In this view, the vesting of the interest is not dependent upon an order of the court granting administration of the intestate's estate: it takes place by force of imperative statutory provision operating at the moment of death of an intestate. [Emphasis added.]

Here, the children's property interest under the will, as amended by the order, had vested indefeasibly in accordance with subsection 70(9). An application under dependant relief legislation, of course, may result in a transfer of the interest away from the children. Nevertheless, if as held by Clement D.J. and Pratte J.A. in *Hillis*, additional property received pursuant to an order under dependant relief legislation, does not vest until the actual date of the order, it follows here that the children are not divested of their interest therein until that date as well. Thus, the interest given to the children under the will that is not affected by the order must certainly be found to have been vested indefeasibly in the children.

I find it would be inconsistent for the Minister to deny the subsection 70(6) roll-over with respect to the incremental property given to the spouse as in *Hillis*, yet also deny the subsection 70(9) roll-over with respect to the property left to the children under the will as reduced by the order in this instance.

l'ordonnance, ils avaient néanmoins été, par dévolution, irrévocablement acquis, du moins dans la mesure où ils n'étaient pas visés par l'ordonnance:

L'article 4 [de la *Intestate Succession Act*] [mod. 1978 (Suppl.), chap. 34, art. 3] donne droit au conjoint, en termes impératifs, à 10 000 \$ et en garantit le paiement par un privilège sur la succession. Il prévoit, en outre, et toujours en termes impératifs, qu'un tiers du reliquat doit lui être attribué. Il faut en déduire nécessairement que les deux autres tiers du reliquat sont attribués aux enfants de la même manière. En soi, ces dispositions ne permettent aucune équivoque ni ne prévoient une renonciation ultérieure ab initio: il n'est pas douteux que le bénéficiaire peut ensuite disposer de son droit mais non pas par révocation de celui que la loi lui a octroyé. À mon avis, les dispositions prennent effet au décès de l'intestat et entraînent une dévolution irrévocable des droits prescrits en faveur du bénéficiaire. Les administrateurs doivent donner effet à cette dévolution, bien que sous réserve de la disposition, par le bénéficiaire, des droits dévolus. Dans cette optique, la dévolution des droits ne dépend pas d'une ordonnance de la Cour accordant l'administration de la succession de l'intestat: elle se produit en vertu d'une disposition légale impérative entrant en vigueur au moment du décès de l'intestat. [Non souligné dans le texte original.]

En l'espèce, les droits réels des enfants en vertu du testament, modifié par l'ordonnance, avaient été, par dévolution, irrévocablement acquis en conformité avec le paragraphe 70(9). Naturellement, une demande sous le régime de la loi sur le secours aux personnes à charge peut entraîner le transfert des droits au détriment des enfants. Pourtant, si, comme l'ont décidé le juge suppléant Clement et le juge Pratte, J.C.A., dans *Hillis*, d'autres biens reçus en vertu d'une ordonnance sous le régime de la loi sur le secours aux personnes à charge ne sont pas dévolus avant la date effective de l'ordonnance, il s'ensuit qu'en l'espèce, les enfants ne sont pas non plus dépossédés de leurs droits sur ceux-ci avant cette date. Par conséquent, le droit attribué aux enfants par le testament qui n'est pas visé par l'ordonnance doit certainement être tenu pour acquis irrévocablement, par dévolution, par les enfants.

J'estime que la position du ministre serait contradictoire s'il refusait le transfert libre d'impôt, prévu au paragraphe 70(6), dans le cas des biens supplémentaires attribués à l'épouse, comme dans l'arrêt *Hillis*, et s'il refusait aussi le transfert libre d'impôt prévu au paragraphe 70(9) quant aux biens transmis aux enfants par le testament, tels que réduits par l'ordonnance en l'espèce.

This result accords with what I believe to be the object of subsection 70(9) and the comments of Heald J.A. in *Hillis* (at page 589) appear to support this position:

The net effect of those subsections [70(5)] is to provide for a deemed capital gain on the death of a taxpayer where the fair market value of property at date of death exceeds the adjusted cost base to the taxpayer of that property. This is clearly an onerous provision and, in many cases, this notional concept of capital gain imposes considerable hardship on the beneficiaries of an estate, particularly an estate comprised largely of real property with few liquid assets from which the income tax made payable because of the notional capital gains, can be paid. . . . If the benefit of the rollover provisions of s. 70(6) is restricted to those widows who have been successful in obtaining a court order within 15 months of the date of death of the taxpayer, the result is to subject all widows to a number of contingencies beyond their control. . . . I perceive that a significant number of spouses of deceased taxpayers would be deprived of the s. 70(6) exemption were the interpretation proposed by the respondent to prevail.

The time frames set out in subsection 70(9) in any event do not pose a problem in this instance as I am willing to give some latitude to the taxpayer in that there is no evidence that the parties did not act expeditiously in this matter.

Issue #2: Has the remaining farm land and depreciable capital property (the "property"), on or after the death of the taxpayer and as a consequence thereof, been "transferred or distributed" to the taxpayer's children?

Submissions

The plaintiff submits that, by virtue of the will, which speaks from the moment before death, a vested beneficial interest in the remaining farm land and depreciable property (the "property") was effectively "transferred or distributed" to the children. The children's rights in the property were determined immediately upon the taxpayer's death and no further action was required to give them full ownership. She submits that the ordinary meanings of "transfer" and "distribute" are very broad and do not require a conveyance of legal title or physical possession. As well, no such requirement is found in subsection 70(9)

Ce résultat concorde avec ce que je crois être l'objet du paragraphe 70(9) et les observations du juge Heald, J.C.A., dans l'arrêt *Hillis*, à la page 589, semblent appuyer ce point de vue:

^a Ces deux alinéas [70(5)] prévoient, en définitive, qu'un gain en capital est réputé avoir été réalisé lors du décès du contribuable lorsque la juste valeur marchande d'un bien à la date de ce décès dépasse le prix de base rajusté de ce bien. C'est là, évidemment, une disposition onéreuse et, dans de nombreux cas, ce concept théorique de gain en capital cause indûment un énorme préjudice aux bénéficiaires d'une succession, en particulier une succession composée en grande partie de biens immobiliers comprenant peu de biens liquides permettant de régler l'impôt sur le revenu devenu exigible à cause du gain théorique en capital. . . . Si l'on restreignait le bénéfice du roulement prévu au paragraphe 70(6) aux veuves qui ont pu obtenir une ordonnance de la Cour dans les 15 mois de la date du décès du contribuable, cela aurait pour effet de soumettre toutes les veuves à un certain nombre d'éventualités indépendantes de leur volonté. . . . j'estime qu'un nombre important de conjoints de contribuables décédés seraient privés de l'exemption prévue au paragraphe 70(6) si l'on admettait l'interprétation avancée par l'intimée.

^e Les délais fixés au paragraphe 70(9), de toute façon, ne posent pas de problème en l'occurrence car je suis disposé à donner une certaine latitude au contribuable puisque rien n'indique que les parties n'aient pas agi expéditivement dans cette affaire.

Deuxième question: Les terres agricoles et les biens amortissables qui restent (les «biens») ont-ils, au moment du décès du contribuable ou postérieurement, et par suite de ce décès, été «transférés ou transmis lors d'un partage» aux enfants du contribuable?

Arguments

^h La demanderesse soutient qu'en vertu du testament, dont les dispositions sont valables à compter du moment précédant le décès, un droit bénéficiaire dévolu sur le reste des terres agricoles et des biens amortissables (les «biens») a effectivement été ⁱ «transféré ("*transferred*") ou transmis lors d'un partage ("*distributed*")» aux enfants. Les droits des enfants sur les biens ont été déterminés immédiatement au moment du décès du contribuable et aucune autre action n'était nécessaire pour leur attribuer la propriété pure et simple. Elle affirme que le sens ordinaire des mots «transférer» et «transmettre lors

which provides for a transfer “on or after the death of the taxpayer and as a consequence thereof” and the plaintiff notes that the term “property”, as broadly defined in subsection 248(1), must include property recognized by equity. An executor under a will, therefore, need not take a super-added mechanical step or action to “transfer” the property to the children.

The plaintiff submits that the fact that she held legal title to the property as trustee, in accordance with section 3 of the *Devolution of Real Property Act*, when it was sold to a third party does not, in this instance, affect the fact that the property had been transferred to the children as a consequence of the taxpayer’s death. Once the debts of the estate had been paid, the children were entitled to call for the property at any time and at that point, the plaintiff became an agent for the children. The property was sold by the plaintiff to a third party on the instruction of and with the concurrence of the beneficial owners. In accordance with usual estate practice in Alberta, there was no actual conveyance of the legal title to the beneficiaries before it was transferred to the third party purchaser. Finally, the plaintiff submits that the spouse’s application under the *Family Relief Act* does not prevent the property from being “transferred or distributed” to the children immediately upon the taxpayer’s death for the purposes of the subsection 70(9) roll-over although the possibility of such an application may prevent a personal representative from conveying the property.

The defendant submits that because the property was never legally conveyed to the taxpayer’s children and because the property was sold by the executor to a third party, it was not “transferred or distributed” to the children in accordance with subsection 70(9). The defendant submits that the definitions and judicial consideration of the terms “transferred or distributed” connote a legal conveyancing. Reference is made to *Willis Estate v. M.N.R.* (1968), 68 DTC 204 (T.A.B.), at page 210 where it was held that a court order directing an executor to transfer all property of a

d’un partage» est très large et n’exige pas la transmission du titre en common law ou de la possession. Le paragraphe 70(9) ne comporte pas non plus cette exigence; il dispose que le transfert doit être fait «au moment du décès du contribuable ou postérieurement, et par suite de ce décès», et la demanderesse fait remarquer que le mot «biens», dont la définition large est énoncée au paragraphe 248(1), doit viser les biens reconnus en *equity*. L’exécutrice testamentaire n’a donc pas à prendre de mesure additionnelle pour «transférer» les biens aux enfants.

La demanderesse soutient que le fait qu’elle détenait le titre en common law sur les biens en qualité de fiduciaire, en conformité avec l’article 3 de la *Devolution of Real Property Act*, quand ils ont été vendus à un tiers, ne modifie pas, en l’espèce, le fait que les biens avaient été transférés aux enfants par suite du décès du contribuable. Une fois acquittées les dettes de la succession, les enfants avaient le droit de réclamer les biens à tout moment et, à ce moment-là, la demanderesse devenait la mandataire des enfants. Les biens ont été vendus par la demanderesse à un tiers sur les instructions des propriétaires bénéficiaires et avec leur assentiment. Conformément aux usages en matière successorale en Alberta, aucun acte de transmission en bonne et due forme du titre en common law n’a été rédigé en faveur des bénéficiaires avant la cession du titre au tiers acquéreur. Enfin, la demanderesse affirme que la demande de l’épouse sous le régime de la *Family Relief Act* n’empêche pas que les biens aient été «transférés ou transmis lors d’un partage» aux enfants immédiatement, au moment du décès du contribuable, pour les fins de l’application du transfert libre d’impôt prévu au paragraphe 70(9), quoiqu’une telle demande puisse empêcher un représentant personnel de céder les biens.

La défenderesse soutient que, parce que les biens n’ont jamais été transmis en bonne et due forme aux enfants du contribuable et parce que les biens ont été vendus par l’exécutrice testamentaire à un tiers, ceux-ci n’ont pas été «transférés ou transmis lors d’un partage» aux enfants en conformité avec le paragraphe 70(9). Elle affirme que les définitions et l’examen par les tribunaux des termes «transférés ou transmis lors d’un partage (“distributed”)» supposent une transmission en bonne et due forme. Elle se reporte à l’affaire *Succession Willis c. M.R.N.* (1968), 68 DTC 204

deceased does not, in itself, transfer the property. The order only empowers the executor to act and it is only when he actually gives effect to the direction that the transfer occurs. Relying on Mr. Justice Rip's decision in *Hrycej (A) Estate v MNR*, [1984] CTC 2115 (T.C.C.), the defendant further submits that the fact that the property was sold by the executor to a third party supports the position that it had never been transferred to the children. The defendant notes as well that the taxpayer did not leave specific pieces of land or equipment to his children. Rather, the will provides that they are to receive the "residue" of the estate in equal shares. The defendant suggests, therefore, that what was to be distributed to the children presumably was funds and not property subject to subsection 70(9).

Analysis — Issue #2

The parties have referred to the following definitions of "transferred" and "distributed":

Transfer, v. To convey or remove from one place, person, etc., to another; pass or hand over from one to another; specifically, to change the possession or control of (as, to transfer a title to land). To sell or give. *Chappel v. State*, 216 Ind. 666, 25 N.E.2d 999, 10001.

Transfer, n. An act of the parties, or of the law, by which the title to property is conveyed from one person to another. The sale and every other method, direct or indirect, of disposing of or parting with property or with an interest therein, or with the possession thereof, of or fixing a lien upon property or upon an interest therein, absolutely or conditionally, voluntarily or involuntarily, by or without judicial proceedings, as a conveyance, sale, payment, pledge, mortgage, lien, encumbrance, gift, security or otherwise. The word is one of general meaning and may include the act of giving property by will. *Hayter v. Fern Lake Fishing Club*, Tex.Civ.App., 318 S.W.2d 912, 915.

Transfer means every mode, direct or indirect, absolute or conditional, voluntarily or involuntarily, of disposing of or parting with property or with an interest in property, including retention of title as a security interest.

(C.A.I.), à la page 210, dans laquelle la Commission a décidé qu'une ordonnance d'un tribunal obligeant un exécuteur testamentaire à transférer tous les biens d'un défunt ne transfère pas, en soi, les biens. L'ordonnance habilite seulement l'exécuteur testamentaire à agir et c'est seulement lorsqu'il exécute l'ordre reçu que le transfert s'opère. S'appuyant sur la décision du juge Rip dans l'affaire *Succession Hrycej (A) c MRN*, [1984] CTC 2115 (C.C.I.), la défenderesse affirme de plus que le fait que les biens ont été vendus par l'exécutrice testamentaire à un tiers étaye le point de vue selon lequel les biens n'avaient jamais été transférés aux enfants. Elle fait observer, en outre, que le contribuable n'a pas légué de parcelles ni de matériel en particulier à ses enfants. Le testament dispose plutôt qu'ils recevront le «reliquat» de la succession en parts égales. La défenderesse émet donc l'avis que ce qui devait être transmis aux enfants, c'est vraisemblablement de l'argent et non des biens visés par le paragraphe 70(9).

Analyse — Deuxième question

Les parties ont cité les définitions qui suivent des termes «transférés» («*transferred*») et «transmis lors d'un partage» («*distributed*»):

[TRADUCTION] **Transférer, v. tr.** Transporter d'un lieu ou d'une personne à une autre, etc.; faire passer d'une personne à une autre; spécialement, transmettre la possession ou le contrôle (par exemple, transférer un titre immobilier). Vendre ou donner. *Chappel v. State*, 216 Ind. 666, 25 N.E.2d 999, 10001.

Transfert, n.m. Acte des parties ou effet de la loi par lequel un titre immobilier est transmis d'une personne à une autre. Vente et tout autre moyen, direct ou indirect, de disposer d'un bien ou d'un droit sur un bien, ou de s'en défaire, ou d'en céder la possession, ou de grever d'un privilège un bien ou un droit sur un bien, absolument ou conditionnellement, volontairement ou involontairement, par procédure judiciaire ou non, par exemple, cession, vente, paiement, gage, hypothèque, privilège, charge, donation, garantie ou autre. C'est un mot dont le sens est général et qui peut désigner la donation par testament. *Hayter v. Fern Lake Fishing Club*, Tex.Civ.App., 318 S.W.2d 912, 915.

Transfert s'entend de tout moyen, direct ou indirect, absolu ou conditionnel, volontaire ou involontaire, de disposer d'un bien ou d'un droit sur un bien, ou de s'en défaire, y compris la rétention du titre comme sûreté.

Black's Law Dictionary, 5th Ed.

Distribution The division of the personal property of an intestate among his next-of-kin, . . .

Osborn's Concise Law Dictionary, 6th Ed.

Transfer transferred I. . . . To convey or take from one place, person, etc. to another; to transmit, transport; to give or hand over from one to another. . . . **2. Law.** To convey or make over (title, right, or property) by deed or legal process. . . .

Distributed . . . **I.** . . . To deal out or bestow in portions or shares among many, to allot or apportion as his share to each; to dispense, administer (justice, etc.). . . . **3.** To divide and arrange. . . . **4.** To divide and place in classes or other divisions; to classify. . . . **5.** To separate and allocate to distinct places. . . . **7.** . . . To make distributive. . . .

Shorter Oxford English Dictionary, 3rd Edition

In *Tory Estate v. Minister of National Revenue*, [1973] F.C. 820 (C.A.) (appeal by Minister to S.C.C. dismissed [1976] CTC 415; 76 DTC 6312), Bastin D.J. discussed the meaning of the words "transferred or distributed to the beneficiaries" in what was then subsection 64(3) of the Act. He concluded (at pages 823-824):

The word "distributed" is used to cover cases where the conveyance is to several beneficiaries. The word "transferred" is inserted to provide for a case where the conveyance is to only one person.

The meaning of "transferred" in this clause is limited by its association with the word distributed. The rule is expressed in the phrase "*noscutur a sociis*". To quote from *Maxwell on Interpretation of Statutes*, 12th ed. at page 289:

Where two or more words which are susceptible of analogous meaning are coupled together, *noscutur a sociis*, they are understood to be used in their cognate sense. They take, as it were, their colour from each other, the meaning of the more general being restricted to a sense analogous to that of the less general.

Bastin D.J.'s comments in *Tory*, however, do not suggest that there must be a formal conveyance before there can be a "transfer" or "distribution". The dictionary definitions are clearly broad enough to include the act of giving property under a will. In *Fasken, David v. Minister of National Revenue*, [1948] Ex.C.R. 580, Thorson P. held (at page 592) that:

Black's Law Dictionary, 5th Ed.

Distribution ou Transmission lors d'un partage, («*distribution*»). Répartition des biens personnels d'un intestat à sa famille, . . .

Osborn's Concise Law Dictionary, 6th Ed.

Transfert . . . (**transféré** . . .). 1. Transporter d'un lieu ou d'une personne à une autre, etc.; transmettre, transporter; faire passer d'une personne à une autre; **2. Droit.** Transporter ou transmettre (titre, droit ou propriété) par acte ou procédé juridique. . . .

Distribuer ou transmettre lors d'un partage («*Distribution*»). **I.** Répartir ou donner des parties ou des parts à plusieurs personnes prises séparément, attribuer ou assigner à chacun sa part; rendre, dispenser (la justice, etc.). . . . **3.** Répartir d'une manière particulière, selon un certain ordre. **4.** Diviser et ranger dans des classes ou catégories; classer. **5.** Diviser et répartir dans plusieurs endroits. . . . **7.** Rendre susceptible de répartition. . . .

Shorter Oxford English Dictionary, 3rd Edition

Dans l'arrêt *Succession Tory c. Le ministre du Revenu national*, [1973] C.F. 820 (C.A.) (pouvoi du ministre devant la C.S.C. refusé [1976] CTC 415, 76 DTC 6312), le juge suppléant Bastin a étudié le sens des mots «cédée ou distribuée aux bénéficiaires» («*transferred or distributed*») employés alors au paragraphe 64(3) de la Loi. Il a conclu, à la page 823:

Le terme «distribuée» est utilisé pour couvrir les cas où la cession est répartie entre plusieurs bénéficiaires. Le terme «cédée» a été inséré pour couvrir le cas où la cession ne va qu'à une seule personne.

La signification du terme «cédée» à ce paragraphe est restreinte par son association au mot distribuée. Cette règle est résumée par l'expression «*noscutur a sociis*». Citons un extrait de l'ouvrage de *Maxwell On Interpretation of Statutes*, 12^e édition, à la page 289:

[TRADUCTION] Où deux ou plusieurs mots pouvant présenter une analogie sont groupés, *noscutur a sociis*, ils sont utilisés dans leur sens parent. Ils prennent, pour ainsi dire, une couleur commune, le sens du plus général étant restreint à un sens analogue à celui du moins général.

Les observations du juge suppléant Bastin dans l'arrêt *Tory* ne laissent cependant pas supposer qu'il faut un acte de cession en bonne et due forme pour qu'il y ait «transfert» ou «transmission lors d'un partage» («*distribution*»). Les définitions que donnent les dictionnaires sont, à l'évidence, assez larges pour viser la libéralité faite par testament. Dans l'affaire *Fasken, David v. Minister of National Revenue*,

The word "transfer" is not a term of art and has not a technical meaning. It is not necessary to a transfer of property from a husband to his wife that it should be made in any particular form or that it should be made directly. All that is required is that the husband should so deal with the property as to divest himself of it and vest it in his wife, that is to say, pass the property from himself to her. The means by which he accomplishes this result, whether direct or circuitous, may properly be called a transfer. [Emphasis added.]

He referred to *Gathercole v. Smith* (1880-81), 17 Ch. D. 1 (C.A.) at page 9 where Lush L.J. stated, "[t]he word 'transferable', . . . is a word of the widest import, and includes every means by which the property may be passed from one person to another."

Here, the taxpayer's will appointed the plaintiff executrix and trustee and left all his property to the plaintiff in trust for his wife and children. Therefore, upon his death the legal title to his property vested in the trustee to assist her to manage and administer the estate and the equitable or beneficial title vested in the beneficiaries. The taxpayer had in this way divested himself of ownership in his property. In this instance, the creation of a valid will passing the taxpayer's property to his spouse and children is a sufficient "transfer" for purposes of subsection 70(9). The fact that the "residue" of the estate was left to the children does not, in my opinion, change the character of the property entitled to the roll-over. Surely Parliament did not intend that a specific bequest of each item of farm land and depreciable property be made before a "farm roll-over" could occur, the object of subsection 70(9) being to provide a measure of tax relief when transferring these assets from one generation to another.

The defendant, and the Tax Court below in *Boger (A.) Estate v. M.N.R.*, [1989] 1 C.T.C. 2110 (T.C.C.), at page 2117, rely on *Hrycej* to support the position that, because the property was sold directly by the executrix in her capacity as executrix, "there was no transfer or distribution of the land to the children of the deceased". In *Hrycej*, the deceased taxpayer's

[1948] R.C.É. 580, le président Thorson a décidé, à la page 592, ce qui suit:

[TRADUCTION] Le mot «cession» [«transfer»] n'est pas un terme de l'art et n'a pas un sens technique. Il n'est pas nécessaire qu'un transport de biens par un mari en faveur de son épouse soit fait sous une forme particulière ni qu'il le soit directement. Il suffit que le mari agisse de façon à se départir des biens et les remettre à son épouse, c'est-à-dire transporter les biens de l'un à l'autre. Les moyens d'arriver à cette fin, qu'ils soient directs ou non, peuvent être à juste titre appelés une cession. [Non souligné dans le texte original.]

Il s'est référé à l'affaire *Gathercole v. Smith* (1880-81), 17 Ch.D. 1 (C.A.), dans laquelle le lord juge Lush déclare, à la page 9, que [TRADUCTION] «l'expression "qui peut être cédé", . . . est une expression d'une très large portée et comprend tous les moyens par lesquels la propriété peut être transmise d'une personne à une autre».

En l'espèce, le contribuable a désigné, dans son testament, la demanderesse comme exécutrice testamentaire et fiduciaire et a légué tous ses biens à la demanderesse en fiducie au profit de son épouse et de ses enfants. Par conséquent, le titre sur ses biens a été transmis, à son décès, à la fiduciaire pour l'aider à administrer la succession et le droit bénéficiaire a été transmis aux bénéficiaires. Le contribuable s'est ainsi départi de la propriété de ses biens. En l'occurrence, le testament valide fait par le contribuable, transmettant ses biens à son épouse et à ses enfants, est un «transfert» suffisant pour l'application du paragraphe 70(9). Le fait que le «reliquat» des biens a été légué aux enfants ne modifie pas, à mon sens, la nature des biens susceptibles d'être l'objet d'un transfert libre d'impôt. Le législateur n'avait certainement pas l'intention d'exiger qu'un legs à titre particulier de chaque partie des terres agricoles et des biens amortissables soit fait pour que puisse s'opérer le «transfert libre d'impôt des biens agricoles», l'objet du paragraphe 70(9) étant d'accorder une exemption fiscale au moment du transfert de ces biens d'une génération à la suivante.

La défenderesse et la Cour de l'impôt en première instance, dans l'affaire *Succession Boger (A.) c. M.N.R.*, [1989] 1 C.T.C. 2110 (C.C.I.), à la page 2117, se fondent sur la décision *Hrycej* pour étayer leur point de vue selon lequel, parce que les biens ont été vendus directement par l'exécutrice testamentaire, [TRADUCTION] «il n'y a pas eu de transfert ou de trans-

will gave his daughter an option to purchase certain farm equipment which, if not exercised within a specified period, would fall into the residue of the estate left to his widow. The daughter exercised the option and the widow received the cash proceeds of sale. The estate claimed a subsection 70(6) roll-over on the basis that the widow had been vested with the equipment upon the death of the taxpayer, however, Rip T.C.J., held that, because the farm equipment was subject to the option, it was not vested in the widow. Although Rip T.C.J. stated [at page 2117] that “the farm equipment was never transferred or distributed to [the wife]”, I note that a specific finding on the transferred or distributed issue was not in fact made as the parties had admitted that the farm equipment “remained in the possession of the executors and was not transferred or distributed to Mrs Hrycej.”

Finally (at page 596) Clement D.J. in *Hillis* also appears to have recognized that a formal conveyance may not be necessary:

In effect, the spouse must be able to establish that in law in the circumstances of the case the property vested indefeasibly in her within the prescribed 15 months. In the whole of the context it is clear that it is not necessary that actual conveyance of the property to her shall have been completed within that time: if she makes the required proof, then in law the conveyancing must follow as a matter of course and of right. What must inevitably occur is to be taken as having occurred. This interpretation affords an intelligible reconciliation of the phrase with the preceding phrase which speaks of property that has on or after the death been transferred or distributed: it gives some recognition to the difficulties and complexities attendant in some cases on the due administration and distribution of estate and which may have to be resolved, particularly when the construction and operation of a will is contested, before distribution can be made. [Emphasis added.]

I find that the sale of the farm land to a third party by the trustee, was upon the direction and consent of the children and that she was not acting on behalf of the taxpayer at that time but on behalf of his children as owners of the land. I note that, following the order, title to the home quarter was transferred to the spouse on January 8, 1982. Presumably, title to the remaining farm lands could have been transferred as well to

mission, lors d'un partage, du terrain aux enfants du défunt». Dans l'affaire *Hrycej*, le contribuable décédé avait donné par testament à sa fille une option d'achat de matériel agricole qui, si elle ne la levait pas dans un délai imparti, s'ajouterait au reliquat de l'actif légué à la veuve. La fille a levé l'option et la veuve a reçu le produit de la vente en espèces. La succession a demandé le transfert libre d'impôt prévu au paragraphe 70(6) parce que la veuve avait acquis le matériel au décès du contribuable, mais le juge Rip, C.C.I., a pourtant décidé que, parce que le matériel agricole faisait l'objet d'une option, il n'avait pas été acquis par la veuve. Certes, le juge Rip a déclaré que [à la page 2117] [TRADUCTION] «le matériel agricole n'a jamais été transféré ou transmis à l'épouse», mais je remarque qu'il n'a pas tiré de conclusion sur la question précise du transfert ou de la transmission, car les parties avaient admis que le matériel agricole [TRADUCTION] «était resté en la possession des exécuteurs testamentaires et n'avait pas été transféré ou transmis lors d'un partage à M^{me} Hrycej».

Pour terminer, le juge suppléant Clement, dans l'arrêt *Hillis*, à la page 596, semble lui aussi avoir reconnu qu'une cession en bonne et due forme n'est peut-être pas nécessaire:

En fait, dans les circonstances de l'espèce, l'épouse doit être capable d'établir, qu'en droit, elle a irrévocablement acquis le bien dans le délai prescrit de 15 mois. Selon l'ensemble du contexte, il est clair qu'il n'est pas nécessaire que le transfert réel du bien en sa faveur ait été exécuté dans ce délai: si elle rapporte la preuve exigée, en droit, le transfert doit suivre automatiquement. Ce qui doit inévitablement se produire doit être considéré comme s'étant produit. Cette interprétation permet une conciliation logique de cette expression avec l'expression précédente qui parle d'un bien qui a été, lors du décès du contribuable ou postérieurement, transféré ou transmis lors d'un partage: elle reconnaît dans une certaine mesure les difficultés et la complexité qui accompagnent parfois une administration et un partage satisfaisants d'une succession et qu'il faut peut-être régler, en particulier lorsque l'interprétation et la validité d'un testament sont contestées, avant qu'on ne puisse procéder au partage. [Non souligné dans le texte original.]

Je conclus que la vente de la terre à un tiers par la fiduciaire a été faite sur les instructions et avec l'assentiment des enfants et qu'elle n'agissait pas au nom du contribuable à ce moment-là mais au nom de ses enfants, propriétaires du bien-fonds. Je ferai remarquer qu'à la suite de l'ordonnance, le titre sur le terrain bâti a été transféré à l'épouse le 8 janvier 1982. Vraisemblablement, le titre sur le reste des terres

the beneficiaries when they were sold in August, 1982 and I accept the plaintiff's explanation that title was not transferred to the children in accordance with "usual estate practice in Alberta". I therefore accept that "transfer or distribute" includes the passing of property under a will and I am satisfied that the property was "transferred" to the taxpayer's children in the sense required by subsection 70(9).

Finally, I do not accept the defendant's argument that the fact that the property was sold within the 15-month period is detrimental to the application. Subsection 70(9) simply does not say that the property must remain in the hands of the children for the roll-over to apply. So long as the property is transferred to the beneficiaries, the estate may claim a roll-over under subsection 70(9). However, when the property is subsequently disposed of by the beneficiaries, as has happened here, the beneficiaries, as owners of the property, become liable for any capital gains upon disposition even if the sale is made by the trustee.

Issue #3: Do the clearance certificates issued by Revenue Canada prevent it from asserting that the deceased, the executor/trustee, or the beneficiaries are liable to any tax?

In the alternative, the plaintiff submits that the Minister is estopped from reassessing the plaintiff in the light of the clearance certificates issued on October 14, 1980 and February 10, 1987 respectively. Conversely, the defendant submits that the issuance of the clearance certificates is not applicable to this action in that they are issued to Sharon Boechler in her personal capacity and do not, in any respect, estop the Minister from assessing the tax liability of Alexander Boger, deceased.

I am in total agreement with the Tax Court below that the fact that a clearance certificate has been issued to an executor of an estate, the "personal representative" does not free the estate from its liability under the Act. Subsection 159(3) simply provides

agricoles aurait pu aussi être transféré aux bénéficiaires quand il a été vendu en août 1982 et j'accepte l'explication de la demanderesse selon laquelle ce titre n'a pas été transmis aux enfants en conformité avec les «usages en matière successorale en Alberta». J'admets donc que les termes «transférer ou transmettre lors d'un partage» englobent la transmission des biens en vertu d'un testament et je suis convaincu que les biens ont été «transférés» aux enfants du contribuable au sens du paragraphe 70(9).

En dernier lieu, je n'accepte pas l'argument de la défenderesse selon lequel le fait que les biens ont été vendus dans le délai de 15 mois est opposable à la demande. Le paragraphe 70(9) ne dit absolument pas que les biens doivent rester entre les mains des enfants pour que le transfert libre d'impôt s'applique. Dans la mesure où les biens sont transférés aux bénéficiaires, la succession peut demander le transfert libre d'impôt prévu au paragraphe 70(9). Toutefois, quand les bénéficiaires disposent ensuite des biens, comme ils l'ont fait en l'occurrence, ils sont, à titre de propriétaires des biens, redevables des gains en capital résultant de la disposition même si c'est le fiduciaire qui les vend.

Troisième question: Étant donné qu'il a délivré les certificats de décharge, Revenu Canada est-il empêché d'affirmer que le défunt, l'exécutrice testamentaire, qui est aussi fiduciaire, ou les bénéficiaires sont redevables d'un impôt?

Subsidiairement, la demanderesse soutient que le ministre ne peut établir une nouvelle cotisation à l'égard de la demanderesse, vu les certificats de décharge délivrés respectivement le 14 octobre 1980 et le 10 février 1987. Inversement, la défenderesse affirme que la délivrance des certificats de décharge est inapplicable à cette action car ils sont établis au nom de Sharon Boechler personnellement et n'empêchent nullement le ministre de déterminer les obligations fiscales de feu Alexander Boger.

Je suis tout à fait d'accord avec la Cour de l'impôt qui a dit, en première instance, que le fait qu'un certificat de décharge a été délivré à un exécuteur testamentaire de la succession, «représentant personnel», ne libère pas la succession de son obligation en vertu

that if the personal representative does not obtain a certificate as required under subsection 159(2) before the distribution of property over which she had control in her capacity as personal representative, then she will become personally liable for the unpaid taxes, interest and penalties. The estate is by no means relieved of its liability for tax. Put simply, the personal representative remains liable as personal representative, but she is relieved of the personal liability imposed under subsection 159(3). Accordingly, the plaintiff's appeal on this issue is dismissed.

CONCLUSION

The subsection 70(9) roll-over applies to the farm land and equipment passed to the children under the taxpayer's will, as amended by the order, and the plaintiff's appeal with respect to issues #1 and #2 is allowed. I would invite counsel to prepare a draft judgment for my signature in accordance with these reasons. The plaintiff is allowed costs.

de la Loi. Le paragraphe 159(3) porte simplement que si le représentant personnel n'obtient pas un certificat comme l'exige le paragraphe 159(2) avant de répartir les biens placés sous son contrôle en sa qualité de représentant personnel, il est personnellement responsable des impôts, intérêts et pénalités non payés. La succession n'est aucunement libérée de son obligation fiscale. Pour parler simplement, le représentant personnel reste redevable à titre de représentant personnel, mais il est déchargé de son obligation personnelle imposée au paragraphe 159(3). Par conséquent, l'appel de la demanderesse sur ce point est rejeté.

CONCLUSION

Le transfert libre d'impôt prévu au paragraphe 70(9) s'applique à la terre et au matériel agricole transmis aux enfants en vertu du testament du contribuable, modifié par l'ordonnance, et il est fait droit à l'appel de la demanderesse quant à la première et à la deuxième questions. J'inviterais les avocats à préparer un projet de jugement conforme aux présents motifs afin que j'y appose ma signature. Les dépens sont adjugés à la demanderesse.

T-1109-91

T-1109-91

Nestle Enterprises Limited (Plaintiff)**Nestle Enterprises Limited (demanderesse)**

v.

c.

Edan Food Sales Inc. (Defendant)**a**
Edan Food Sales Inc. (défenderesse)*INDEXED AS: NESTLE ENTERPRISES LTD. v. EDAN FOOD SALES INC. (T.D.)**RÉPERTORIÉ: NESTLE ENTERPRISES LTD. c. EDAN FOOD SALES INC. (1re INST.)*

Trial Division, Strayer J.—Toronto, July 31; Ottawa, August 9, 1991.

b
Section de première instance, juge Strayer—Toronto, 31 juillet; Ottawa, 9 août 1991.

Trade marks — Passing off — Infringement not arguable as not mentioned in notice of motion — Application for interlocutory injunction by registered user in Canada of “Nescafe” in connection with pure instant coffee blends against importer of chicory blend bearing same mark and similar packaging — Imported product made and packaged by mark’s registered user in U.S.A. — Delay in commencing action — Irreparable harm not compensable in damages not established — Principle of infringement of trade mark establishing irreparable harm not applicable as: (1) defendant entitled to assume infringement not at issue as not raised in notice of motion; (2) no presumption of validity as defence challenging validity of mark; (3) mark lawfully applied by American registered user; (4) plaintiff not registered owner.

Marques de commerce — Passing off — La contrefaçon ne saurait faire l’objet d’un débat puisqu’elle n’a pas été mentionnée dans l’avis de requête — Demande d’injonction interlocutoire présentée par l’usager inscrit au Canada de «Nescafe» en liaison avec des mélanges de café instantané pur à l’encontre de l’importateur d’un mélange à base de chicorée portant la même marque et ayant un emballage similaire — Le produit importé a été fait et conditionné par l’usager inscrit de la marque aux É.-U. — Retard dans l’introduction de l’action — L’existence d’un préjudice irréparable qui ne pourrait être compensé au moyen de dommages-intérêts n’a pas été établie — Le principe selon lequel la contrefaçon d’une marque de commerce établit l’existence d’un préjudice irréparable ne s’applique pas puisque: 1) la défenderesse est en droit de présumer que la contrefaçon n’est pas en question, n’ayant pas été soulevée dans l’avis de requête; 2) la validité ne saurait être présumée puisque la défense a contesté la validité de la marque; 3) la marque a légalement été apposée par l’usager inscrit américain; 4) la demanderesse n’est pas le propriétaire inscrit.

Injunctions — Application for interlocutory injunction by registered user in Canada of “Nescafe” in connection with pure instant coffee blends against importer of chicory blend bearing same mark and in similar packaging — Imported product made and packaged by mark’s registered user in U.S.A. — Serious issues raised (“grey marketing” or “parallel importation”), but no evidence of irreparable harm not compensable in damages — Defendant’s product different, not inferior — Significant difference in labels and jar tops lessening potential for consumer confusion.

Injonctions — Demande d’injonction interlocutoire présentée par l’usager inscrit au Canada de «Nescafe» en liaison avec des mélanges de café instantané pur à l’encontre de l’importateur d’un mélange à base de chicorée portant la même marque et ayant un emballage similaire — Le produit importé a été fait et conditionné par l’usager inscrit de la marque aux É.-U. — D’importantes questions ont été soulevées («pratique des transactions parallèles» ou «importation parallèle»), mais rien ne démontre l’existence d’un préjudice irréparable qui ne saurait être compensé au moyen de dommages-intérêts — Le produit de la défenderesse est différent, mais n’est pas de qualité inférieure — Il existe une différence importante dans les étiquettes et les couvercles de bocal, ce qui réduit la possibilité d’une confusion de la part du consommateur.

Foreign trade — Application for interlocutory injunction to prohibit defendant importing chicory-coffee blend from U.S.A. — Imported product made and packaged by registered user in U.S.A. of trade mark “Nescafe” — Plaintiff registered user in Canada of same mark — Defendant applying for order soliciting views of Canadian Government on effect of Canada-U.S.A. Free Trade Agreement on right of Canadian purchaser of authentic brand name goods on U.S.A. market to resell goods in Canada free of interference by trade mark owner or those

Commerce extérieur — Demande d’injonction interlocutoire qui interdirait à la défenderesse d’importer des É.-U. un mélange de café à base de chicorée — Le produit importé a été fait et conditionné par l’usager inscrit aux É.-U. de la marque de commerce «Nescafe» — La demanderesse est l’usager inscrit au Canada de la même marque — La défenderesse demande une ordonnance sollicitant les vues du gouvernement canadien concernant l’effet de l’Accord de libre-échange Canada-États-Unis sur le droit d’un acheteur canadien qui

having trade mark rights therefrom — Injunctive relief denied — Unnecessary to decide defendant's application — Inappropriate to withhold decision on injunction pending possible agreement on interpretation of Agreement due to time required and uncertain relevancy — Defendant required to show: procedure under Agreement, art. 1808 part of domestic law of Canada; interpretation of Agreement pertinent, and why Court ought to "solicit" views of executive branch.

This was an application for an interlocutory injunction to restrain the defendant from directing public attention to its wares so as to cause confusion, contrary to the *Trade-marks Act*, section 7. The plaintiff is the registered user in Canada of the trade marks "Nescafe" and "Nescafe & Design". The defendant has, since April 1990, been importing into Canada for sale a blend of instant coffee bearing the plaintiff's trade mark. The imported product is made by the trade mark's registered user in the United States and is actually a mixture of coffee and chicory. Its packaging is virtually identical to that of the plaintiff's pure coffee blends. Although the plaintiff was aware of the defendant's activities in September 1990, it did not commence these proceedings until April 1991. The plaintiff's complaint was that the packaging causes confusion and it alleged passing off.

At the same time, the defendant applied pursuant to article 1808 of the Canada-U.S.A. Free Trade Agreement for an order soliciting the views of the Government of Canada on the effect of the Agreement on the right of a Canadian purchaser of authentic brand name goods on the U.S.A. market to resell such goods in Canada free of interference by the trade mark owner and anyone deriving trade mark rights therefrom. Such an order would require the Canadian and American Governments to attempt to reach an agreement, failing which either Government could make submissions as to the proper interpretation of the Agreement.

Held, the application for an interlocutory injunction should be dismissed on condition that the defendant keep an accounting of Canadian sales of its coffee until after trial. The defendant's application should be adjourned *sine die*.

The plaintiff was disentitled to an interlocutory injunction because of the delay in seeking it.

The plaintiff also failed with respect to the substance of the injunction application. Although important issues of "grey marketing" or "parallel importation" had been raised, the evidence did not establish irreparable harm not compensable in damages. The evidence did not establish significant potential

se procure sur le marché américain des marchandises portant une marque authentique de revendre ces marchandises au Canada sans qu'y fassent obstacle le propriétaire de la marque de commerce ou ceux qui en tirent des droits afférents à la marque de commerce — La demande d'injonction est rejetée — Il est inutile de trancher la demande de la défenderesse — Il ne convient pas de remettre la décision sur la demande d'injonction en attendant une entente possible sur l'interprétation de l'Accord en raison du temps requis et de la pertinence incertaine — La défenderesse doit démontrer ce qui suit: la procédure prévue à l'art. 1808 de l'Accord fait partie du droit interne canadien, l'interprétation de l'Accord est pertinente, et il faut donner la raison pour laquelle la Cour devrait «soliciter» les vues de l'Exécutif.

Il s'agit d'une demande d'injonction interlocutoire qui interdirait à la défenderesse d'attirer l'attention du public sur ses marchandises de manière à causer de la confusion, contrairement à l'article 7 de la *Loi sur les marques de commerce*. La demanderesse est l'usager inscrit au Canada des marques de commerce «Nescafe» et «Nescafe & Design». Depuis avril 1990, la défenderesse importe au Canada pour la vente un mélange de café instantané portant la marque de commerce de la demanderesse. Le produit importé est fait par l'usager inscrit de la marque de commerce aux États-Unis et est réellement un mélange de café et de chicorée. Son emballage est pratiquement identique à celui des mélanges de café pur de la demanderesse. Bien que la demanderesse ait été au courant des activités de la défenderesse en septembre 1990, elle n'a intenté les présentes procédures qu'en avril 1991. La demanderesse se plaint de ce que l'emballage cause de la confusion et elle allègue qu'il y a eu *passing off*.

En même temps, la défenderesse se fonde sur l'article 1808 de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis pour conclure à une ordonnance qui solliciterait les vues du gouvernement canadien concernant l'effet de l'Accord sur le droit d'un acheteur canadien qui se procure sur le marché américain des marchandises portant une marque authentique de revendre ces marchandises au Canada sans qu'y fassent obstacle le propriétaire de la marque de commerce et quiconque en tire des droits afférents à la marque de commerce. Une telle ordonnance exigerait que les gouvernements canadien et américain tentent de parvenir à une entente, faute de quoi l'un ou l'autre gouvernement pourrait présenter des observations quant à l'interprétation appropriée de l'Accord.

Jugement: la demande d'injonction interlocutoire devrait être rejetée à condition que la défenderesse tienne une comptabilité des ventes au Canada de son café jusqu'à l'instruction. L'audition de la demande de la défenderesse devrait être ajournée *sine die*.

La demanderesse n'a pas droit à une injonction interlocutoire parce qu'elle a tardé à la demander.

La demanderesse échoue également pour ce qui est de l'essence de la demande d'injonction. Bien que d'importantes questions de «pratique des transactions parallèles» ou d'«importation parallèle» aient été soulevées, la preuve n'a pas établi l'existence d'un préjudice irréparable qui ne pourrait être com-

consumer confusion between the two products, or that if there was, that it would enure to the significant detriment of the plaintiff. There are significant differences between the labels and the jars have different coloured tops. Furthermore, the defendant's label clearly states that it contains chicory or has a chicory flavour and the source of the respective blends. The defendant's coffee is not an inferior product, simply a different product, and that difference is adequately stated on the label.

The principle that an obvious infringement of a registered trade mark itself establishes irreparable harm did not apply. The defendant was entitled to assume that infringement was not an issue in this proceeding because infringement was not raised in the notice of motion. Furthermore, doubt has recently been cast on the principle that the registered owner of a trade mark is entitled to its exclusive use until the mark is shown to be invalid. In *Syntex Inc. v. Novopharm Ltd.*, the Federal Court of Appeal held that if the validity of the trade mark is challenged as part of the defence, there is no presumption of validity. Assuming that the same principle should apply to the registration of a user of a trade mark, the defendant has challenged the validity of the "Nescafe" and the "Nescafe & Design" trade marks, alleging that they are incapable of distinguishing the wares of the plaintiff from those of the registered owner of the trade marks which the defendant says are "house marks" of an international group of Nestlé companies. Moreover, the trade mark on the goods sold by the defendant was lawfully applied by the American registered user to its own wares which were subsequently purchased by the defendant and resold in Canada. Finally, the plaintiff was not the registered owner of the trade mark, but a registered user in Canada.

An injunction having been denied, it was unnecessary to consider whether the Free Trade Agreement would have provided a further defence. In any case, it would be inappropriate to withhold the decision on the injunction application pending possible agreement by the Canadian and American Governments on the interpretation of the Free Trade Agreement. Such a procedure would take so long as to render futile the application for an injunction. Such a matter goes to the merits and should be postponed until trial. The relevancy of this application to either an interlocutory injunction or the final disposition of the case was not clear and would require extensive argument. The defendant would have to show that (1) the extraordinary procedure contemplated by article 1808 of the Free Trade Agreement has become part of the domestic law of Canada so as to require this Court to entertain such motions; (2) there is an issue of interpretation of the Free Trade Agreement pertinent to the case at bar; and (3) the Court ought to "solicit" the views of the executive branch of government on the legal interpretation of the Free Trade Agreement, a decision which even article 1808 leaves to the Court's discretion.

pensé au moyen de dommages-intérêts. La preuve n'a pas non plus établi une possibilité réelle de confusion entre les deux produits, ni que, s'il y en avait, ce serait, dans une grande mesure, au détriment de la demanderesse. Il existe d'importantes différences entre les étiquettes, et les bocaux ont des couvercles colorés différents. De plus, l'étiquette de la défenderesse dit clairement que le mélange contient de la chicorée ou a un goût de chicorée, et elle donne la source des mélanges respectifs. Le café de la défenderesse n'est pas un produit inférieur; il est simplement un produit différent, et l'étiquette fait suffisamment état de cette différence.

Le principe qu'une contrefaçon évidente d'une marque de commerce enregistrée établit en soi un préjudice irréparable ne s'applique pas. La défenderesse était en droit de présumer que la contrefaçon ne faisait pas l'objet de la présente procédure, la question de contrefaçon n'ayant pas été soulevée dans l'avis de requête. De plus, on a récemment mis en doute le principe selon lequel le propriétaire inscrit d'une marque de commerce a droit à l'usage exclusif de cette marque jusqu'à la preuve de l'invalidité de celle-ci. Dans l'arrêt *Syntex Inc. c. Novopharm Ltd.*, la Cour d'appel fédérale a statué que, si la validité de la marque de commerce est contestée dans le cadre d'une défense, il n'y a pas lieu à présomption de validité. À supposer que le même principe s'applique à l'enregistrement d'un usager de marque de commerce, la défenderesse a contesté la validité des marques de commerce «Nescafe» et «Nescafe & Design», alléguant qu'elles sont incapables de distinguer les marchandises de la demanderesse de celles du propriétaire inscrit des marques de commerce dont la défenderesse dit qu'elles sont les «marques de la maison» d'un groupe international de sociétés Nestlé. Qui plus est, la marque de commerce sur les marchandises vendues par la défenderesse a légalement été apposée par l'usager inscrit américain à ses propres marchandises que la défenderesse a par la suite achetées et revendues au Canada. En dernier lieu, la demanderesse est, non pas le propriétaire inscrit de la marque de commerce, mais un usager inscrit au Canada.

Une injonction ayant été refusée, il n'est pas nécessaire d'examiner si l'Accord de libre-échange donne un autre moyen de défense. En tout état de cause, il ne conviendrait pas de remettre la décision sur la demande d'injonction en attendant une entente possible de la part des gouvernements canadien et américain sur l'interprétation de l'Accord de libre-échange. Une telle procédure prendrait tellement de temps qu'elle rendrait futile la demande d'injonction. Une telle question est une question de fond et devrait être ajournée jusqu'à l'instruction. Le rapport de cette demande avec ou bien une injonction interlocutoire ou bien avec le règlement définitif de l'affaire n'est pas clair et exigerait une argumentation approfondie. La défenderesse devra démontrer 1) que la procédure extraordinaire envisagée par l'article 1808 de l'Accord de libre-échange fait partie du droit interne canadien de manière à exiger de cette Cour qu'elle connaisse de ces requêtes, 2) qu'il y a une question d'interprétation de l'Accord de libre-échange qui se rapporte à l'espèce, et 3) que la Cour devrait «soliciter» les vues de l'Exécutif sur l'interprétation juridique de l'Accord de libre-échange, décision que même l'article 1808 laisse à la discrétion de la Cour.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act, S.C. 1988, c. 65, s. 2.
Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 7.

a

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Turbo Resources Ltd. v. Petro Canada Inc., [1989] 2 F.C. 451; (1989), 22 C.I.P.R. 172; 24 C.P.R. (3d) 1; 91 N.R. 341 (C.A.); *Syntex Inc. v. Novopharm Ltd.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 129 (F.C.A.).

b

DISTINGUISHED:

H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Edan Foods Sales Inc. (1991), 35 C.P.R. (3d) 213 (F.C.T.D.).

c

REFERRED TO:

Imperial Chemical Industries PLC v. Apotex, Inc., [1990] 1 F.C. 221; (1989), 26 C.I.P.R. 1; 27 C.P.R. (3d) 345; 28 F.T.R. 240 (note); 101 N.R. 147 (C.A.); *Maple Leaf Mills Ltd. v. Quaker Oat Co. of Can.* (1984), 2 C.I.P.R. 33; 82 C.P.R. (2d) 118 (F.C.T.D.); *Joseph E. Seagram & Sons Ltd. v. Andres Wines Ltd.* (1987), 16 C.I.P.R. 131; 16 C.P.R. (3d) 481; (1987), 11 F.T.R. 139 (F.C.T.D.); *Jercity Franchises Ltd. v. Foord* (1990), 34 C.P.R. (3d) 289; 39 F.T.R. 315 (F.C.T.D.).

d

e

COUNSEL:

John R. Morrissey and Alistair G. Simpson for plaintiff.
Timothy J. Sinnott for defendant.
Jonathan Keene for Attorney General of Canada.

f

SOLICITORS:

Smart & Biggar, Toronto, for plaintiff.
Barrigar & Oyen, Toronto, for defendant.
Deputy Attorney General of Canada for Attorney General of Canada.

g

h

The following are the reasons for order rendered in English by

STRAYER J.:

i

Relief Requested

This is an application by the plaintiff for an interlocutory injunction to prohibit the defendant from directing public attention to its wares so as to cause confusion between its wares and those of the plain-

j

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis, L.C. 1988, chap. 65, art. 2.
Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), chap. T-13, art. 7.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Turbo Resources Ltd. c. Petro Canada Inc., [1989] 2 C.F. 451; (1989), 22 C.I.P.R. 172; 24 C.P.R. (3d) 1; 91 N.R. 341 (C.A.); *Syntex Inc. c. Novopharm Ltd.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 129 (C.A.F.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. c. Edan Foods Sales Inc. (1991), 35 C.P.R. (3d) 213 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Imperial Chemical Industries PLC c. Apotex, Inc., [1990] 1 C.F. 221; (1989), 26 C.I.P.R. 1; 27 C.P.R. (3d) 345; 28 F.T.R. 240 (note); 101 N.R. 147 (C.A.); *Maple Leaf Mills Ltd. c. Quaker Oat Co. of Can.* (1984), 2 C.I.P.R. 33; 82 C.P.R. (2d) 118 (C.F. 1^{re} inst.); *Joseph E. Seagram & Sons Ltd. c. Andres Wines Ltd.* (1987), 16 C.I.P.R. 131; 16 C.P.R. (3d) 481; (1987), 11 F.T.R. 139 (C.F. 1^{re} inst.); *Jercity Franchises Ltd. c. Foord* (1990), 34 C.P.R. (3d) 289; 39 F.T.R. 315 (C.F. 1^{re} inst.).

AVOCATS:

John R. Morrissey et Alistair G. Simpson pour la demanderesse.
Timothy J. Sinnott pour la défenderesse.
Jonathan Keene pour le procureur général du Canada.

g PROCUREURS:

Smart & Biggar, Toronto, pour la demanderesse.
Barrigar & Oyen, Toronto, pour la défenderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour le procureur général du Canada.

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

LE JUGE STRAYER:

La réparation demandée

Il s'agit d'une demande présentée par la demanderesse en vue d'obtenir une injonction interlocutoire qui interdirait à la défenderesse d'appeler l'attention du public sur ses marchandises de manière à causer

tiff, contrary to paragraph 7(b) of the *Trade-marks Act* [R.S.C., 1985, c. T-13]; from passing off its wares for those ordered or requested, contrary to paragraph 7(c) of the *Trade-marks Act*; and performing an act or adopting a business practice contrary to honest industrial usage in Canada, contrary to paragraph 7(e) of the *Trade-marks Act*. At the hearing of this application the latter two aspects of the injunction were not seriously pressed for nor argued. Instead, counsel for the plaintiff sought to add to the relief sought an injunction to prohibit infringement of trade marks of which the plaintiff is registered user in Canada. Counsel for the defendant did not consent to the notice of motion being amended and specifically objected to the injunction application being extended to cover infringement as well. I find his objection to be well taken.

The defendant also filed a notice of motion, which was not argued at this time, for an order of the Court seeking the views of the Government of Canada on the effect on this matter of allegedly relevant articles of the Canada-U.S. Free Trade Agreement [*Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1988, c. 65, Schedule, Part A].

Facts

The plaintiff company is incorporated in Ontario. It is the registered user in Canada of several trade marks of which Société des Produits Nestlé S.A. of Switzerland is the registered owner in Canada. These include the trade marks "Nescafe" and "Nescafe & Design" (the design being the familiar horizontal bar commencing at the top of the right stem of the letter "N" and proceeding to the right above the slightly smaller letters "Escaf", stopping short at the last "E" over which an acute accent appears). For present purposes, the instant coffee blends made or packaged and sold in Canada by the plaintiff include Colombia, Rich Blend, Viva, and Encore. The first three are sold in the familiar squarish jar with a cylindrical fluted

de la confusion entre ses marchandises et celles de la demanderesse, contrairement à l'alinéa 7b) de la *Loi sur les marques de commerce* [L.R.C. (1985), chap. T-13], de faire passer ses marchandises pour celles qui sont commandées ou demandées, en violation de l'alinéa 7c) de la *Loi sur les marques de commerce*, et de faire un acte ou adopter une méthode d'affaires contraire aux honnêtes usages industriels ayant cours au Canada, en contravention de l'alinéa 7e) de la *Loi sur les marques de commerce*. À l'audition de la présente demande, on n'a pas beaucoup insisté sur les deux derniers aspects de l'injonction ni sérieusement discuté de ceux-ci. Au lieu de cela, l'avocat de la demanderesse a cherché à ajouter à la réparation demandée une injonction portant interdiction de contrefaire les marques de commerce dont la demanderesse est l'utilisateur inscrit au Canada. L'avocat de la défenderesse n'a pas consenti à ce que l'avis de requête soit modifié, et il s'est particulièrement opposé à ce que la demande d'injonction s'étende pour porter également sur la contrefaçon. Je trouve que son opposition est bien fondée.

La défenderesse a également déposé un avis de requête, qui n'a pas fait l'objet d'un débat à ce stade, visant à obtenir une ordonnance de la Cour demandant que le gouvernement du Canada donne ses vues concernant l'effet sur l'espèce des articles prétendument pertinents de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis [*Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis*, L.C. 1988, chap. 65, annexe, Partie A].

Les faits

La société demanderesse a été constituée en Ontario. Elle est l'utilisateur inscrit au Canada de plusieurs marques de commerce dont la Société des Produits Nestlé S.A. de Suisse est la propriétaire inscrite au Canada. Il s'agit notamment des marques de commerce «Nescafe» et «Nescafe & Design» (le dessin étant la bande horizontale familière commençant au haut de la hampe droite de la lettre «N» et avançant vers la droite au-dessus des lettres légèrement plus petites «escaf» pour s'arrêter net au dernier «E» au-dessus duquel apparaît un accent aigu). Aux fins de l'espèce, les mélanges de café instantané faits ou conditionnés ou vendus au Canada par la demanderesse comprennent Columbia, Rich Blend, Viva et Encore.

top. There is a degree of similarity among their labels as they each depict coffee beans somewhere on the label. Each is a pure coffee. Encore on the other hand is sold in a round jar with a more rounded top. Coffee beans are not depicted on the Encore label but instead it alone has a depiction of the sun. Encore is not a pure coffee blend but is a mixture of coffee with chicory and this is clearly stated on the label.

It is not disputed that the defendant has, since April, 1990, been purchasing in the United States and importing into Canada for sale a blend of instant coffee bearing the trade mark "Nescafe" with design apparently identical to the mark of which the plaintiff is registered user in Canada. The instant coffee being imported by the defendant is made by the Nestlé Beverage Company of San Francisco, California which is licensed by Société des Produits Nestlé S.A. as user of this trade mark in the United States. The particular blend being imported is named "Mountain Blend" and is packaged in a squarish jar with a cylindrical top virtually identical to those used by the plaintiff for its pure instant coffee blends. There is a certain similarity in the packaging of "Mountain Blend" to the pure coffee blends of the plaintiff in that there are a few coffee beans depicted on the label. However the "Mountain Blend" label clearly states that this is "Instant Coffee With Natural Flavor Extracted From Chicory".

The plaintiff's complaint is that the "Mountain Blend" packaging is confusing with the packaging of its pure blends, particularly "Rich Blend" because both "Mountain Blend" and "Rich Blend" have some red on their labels. In its statement of claim the plaintiff has alleged infringement of its exclusive rights flowing from its status as registered user of a trade mark or trade marks (it appears to me that the only registered trade marks relevant for present purposes are "Nescafe" and "Nescafe & Design"). It also alleges passing off and other conduct by the defendant contrary to paragraphs 7(b),(c) and (e) of the

Les trois premiers mélanges sont vendus dans le bocal familial plutôt carré avec un couvercle strié cylindrique. Il existe un degré de similarité entre leurs étiquettes puisqu'elles décrivent chacune des grains de café quelque part sur l'étiquette. Dans chaque cas, il s'agit d'un café pur. Le mélange Encore est par contre vendu dans un bocal rond avec un bouchon plus arrondi. Des grains de café ne sont pas peints sur l'étiquette Encore, mais seule celle-ci donne une représentation du soleil. Encore n'est pas un mélange de café pur, mais un mélange de café avec de la chicorée, et l'étiquette le dit clairement.

Il est constant que la défenderesse achète depuis avril 1990 aux États-Unis et importe au Canada pour la vente un mélange de café instantané portant la marque de commerce «Nescafe» avec dessin, qui est manifestement identique à celle dont la demanderesse est l'utilisateur inscrit au Canada. Le café instantané importé par la défenderesse est fait par la Nestlé Beverage Company de San Francisco (Californie), qui a obtenu de la Société des Produits Nestlé S.A. une licence à titre d'utilisateur de cette marque de commerce aux États-Unis. Le mélange particulier importé est nommé «Mountain Blend» et est conditionné dans un bocal plutôt carré avec un couvercle cylindrique pratiquement identique à ceux utilisés par la demanderesse pour ses mélanges de café instantané pur. L'emballage de «Mountain Blend» ressemble dans une certaine mesure à celui des mélanges de café pur de la demanderesse en ce que quelques grains de café sont peints sur l'étiquette. Toutefois, l'étiquette «Mountain Blend» dit clairement qu'il s'agit de «Instant Coffee With Natural Flavour extracted from Chicory» (café instantané avec une saveur naturelle extrait de chicorée).

La demanderesse se plaint de ce que l'emballage de «Mountain Blend» cause de la confusion avec celui des mélanges purs, particulièrement le «Rich Blend», parce que tous les deux mélanges «Mountain Blend» et «Rich Blend» ont du rouge sur leurs étiquettes. Dans sa déclaration, la demanderesse allègue qu'il y a eu contrefaçon de ses droits exclusifs découlant de son statut d'utilisateur inscrit d'une marque de commerce ou de marques de commerce (il me semble que les seules marques de commerce enregistrées qui sont pertinentes aux fins de l'espèce sont «Nescafe» et «Nescafe & Design»). Elle allègue également qu'il

Trade-marks Act. But as noted earlier, in its notice of motion it only sought an injunction with respect to the conduct allegedly prohibited by section 7, essentially that of passing off.

Conclusions

I have concluded that no interlocutory injunction should be granted. First, I believe the plaintiff is dis-entitled to an injunction because of the delay in seeking it. The evidence indicates that the defendant started to sell "Mountain Blend" coffee in Canada in April, 1990. I am also satisfied that the plaintiff was aware of this by at least September, 1990. There then followed casual conversations between employees of the plaintiff and the President of the defendant. While there were some expressions of disapproval by an employee of the plaintiff as early as September, 1990 as to the defendant selling "Nescafe" brands in Canada, no formal steps were taken to demand a cessation of such sales. Instead the plaintiff proceeded in a very deliberate fashion to arrange meetings to discuss a settlement of the issue, which meetings did not commence until February, 1991. The statement of claim was not filed until April 25, 1991 and the notice of motion was not filed until April 29. In the meantime the defendant had proceeded to move into a larger warehouse, in part because of the significant amount of its business which "Mountain Blend" sales represents, and to take and place orders for "Mountain Blend". The plaintiff states that it was difficult to ascertain which traders were bringing specific blends of coffee into Canada and indeed it thought that the defendant was importing several blends which it now concedes was not the case. As the plaintiff seems to have been aware as early as September, 1990 that the defendant was bringing in one or more "Nescafe" blends, it could have sent a cease and desist letter in respect of all blends and made it clear to the defendant that it would take legal action if any of "Nescafe's" blends were being imported and sold under the "Nescafe" trade mark. This it did not do. Therefore the plaintiff is disqualified on that ground alone from obtaining an interlocutory injunction.

y a eu *passing off* et autre comportement de la part de la défenderesse, contrairement aux alinéas 7b),c), et e) de la *Loi sur les marques de commerce*. Mais, comme il a été noté ci-dessus, dans son avis de requête, elle a seulement conclu à une injonction visant le comportement qui serait interdit par l'article 7, essentiellement l'acte de *passing off*.

Les conclusions

J'ai conclu qu'il n'y avait pas lieu au décernement d'une injonction interlocutoire. Tout d'abord, j'estime que la demanderesse n'a pas droit à une injonction en raison du retard de la demande. Il ressort de la preuve que la défenderesse a commencé à vendre le café «Mountain Blend» au Canada en avril 1990. Je suis également convaincu que la demanderesse en était consciente du moins dès septembre 1990. Il y a eu par la suite des conversations à bâtons rompus entre des employés de la demanderesse et le président de la défenderesse. Bien que, dès septembre 1990, un employé de la demanderesse ait exprimé de la désapprobation quant à la vente par la défenderesse des marques «Nescafe» au Canada, aucune démarche officielle n'a été entreprise pour exiger une cessation de ces ventes. Au lieu de cela, la demanderesse s'est mise d'une façon très délibérée à organiser des réunions pour discuter du règlement de la question, lesquelles réunions n'ont pas commencé avant février 1991. La déclaration n'a été déposée que le 25 avril 1991, et l'avis de requête n'a pas été déposé avant le 29 avril. Entre-temps, la défenderesse a commencé à emménager dans un entrepôt plus grand, en partie en raison du volume important de ses activités commerciales que les ventes de «Mountain Blend» représentent, pour recevoir des commandes et commander du «Mountain Blend». Selon la demanderesse, il était difficile de déterminer quels commerçants introduisaient au Canada des mélanges particuliers de café et, en fait, elle estimait que la défenderesse importait plusieurs mélanges, ce qui, elle le reconnaît maintenant, n'était pas le cas. Comme la demanderesse semble s'être rendu compte dès septembre 1990 que la défenderesse importait un ou plusieurs mélanges «Nescafe», elle aurait pu envoyer une lettre de cessation et d'abstention à l'égard de tous les mélanges et faire comprendre à la défenderesse qu'elle intenterait une action en justice si les mélanges de «Nescafe» étaient importés et vendus sous la marque de com-

I also believe that the plaintiff must fail with respect to the substance of the injunction, applying the tests laid down by the Federal Court of Appeal in *Turbo Resources Ltd. v. Petro Canada Inc.*¹ I believe that the plaintiff has raised a serious issue, having regard *inter alia* to the fact that it is the registered user in Canada of the trade mark “Nescafe & Design” which undisputedly appears on the product being sold by the defendant in this country. There are important issues here of “grey marketing” or “parallel importation” involving legal questions which are far from settled.

However, I do not believe that the plaintiff has established that any irreparable harm not compensable in damages will be caused to it if the defendant continues to sell “Mountain Blend” until the disposition of this action. I am not satisfied from the evidence that there is significant potential confusion on the part of consumers between the defendant’s “Mountain Blend” and the “Rich Blend” or other pure coffee blends of the plaintiff, or that if there is it will enure to the significant detriment of the plaintiff. Firstly, there are substantial differences between the labels of “Mountain Blend” and “Rich Blend”, and their jars have different coloured tops. Secondly, it is clearly stated on the “Mountain Blend” label that it contains chicory or is of a chicory flavour. Moreover, the source of these respective blends is stated on the label as well, “Mountain Blend” being labelled “Nestlé Foods Corporation, Purchase, N.Y. 10577”, and “Rich Blend” being labelled “Nestlé, Don Mills, Ont. M3C 3C7”. A shopper who has any serious interest in the kind of coffee blend he is buying can readily perceive that “Mountain Blend” is a chicory mix before he purchases it. If he does not notice this and is disappointed in the taste when he makes a cup of coffee, he can readily examine the label and realize that he has bought a coffee blend containing chicory, a blend not of the plaintiff’s manufacture. The evidence does not satisfy me that “Mountain Blend” is an “inferior” product. It is simply different from the

merce «Nescafe», ce qui n’a pas été fait. Par ce seul motif, la demanderesse n’a pas le droit d’obtenir une injonction interlocutoire.

J’estime également que la demanderesse doit échouer pour ce qui est de l’essence de l’injonction, appliquant les critères adoptés par la Cour d’appel fédérale dans son arrêt *Turbo Resources Ltd. c. Petro Canada Inc.*¹. J’estime que la demanderesse a soulevé une question sérieuse à trancher, compte tenu notamment du fait qu’elle est l’usager inscrit au Canada de la marque de commerce «Nescafe & Design», qui figure indiscutablement sur le produit que la défenderesse vend actuellement dans ce pays. Il y a à trancher en l’espèce d’importantes questions de «pratique des transactions parallèles» ou d’«importation parallèle» donnant lieu à des questions juridiques qui sont loin d’être réglées.

Je n’estime toutefois pas que la demanderesse a établi qu’elle subirait un préjudice irréparable qui ne pourrait être compensé au moyen de dommages-intérêts si la défenderesse continuait de vendre les mélanges «Mountain Blend» jusqu’à ce qu’il ait été statué sur la présente action. La preuve ne me convainc pas qu’il y a une confusion éventuelle importante entre les «Mountain Blend» de la défenderesse et les «Rich Blend» ou autres mélanges de café pur de la demanderesse, ni que si cela existe, ce sera, dans une grande mesure, au détriment de la demanderesse. En premier lieu, il existe des différences essentielles entre les étiquettes des mélanges «Mountain Blend» et celles des mélanges «Rich Blend», et leurs bords ont des couvercles colorés différents. En second lieu, l’étiquette «Mountain Blend» dit clairement que le mélange contient de la chicorée ou un goût de chicorée. De plus, la source de ces mélanges respectifs est donnée sur l’étiquette aussi, «Mountain Blend» étant étiqueté «Nestlé Foods Corporation, Purchase, N.Y. 10577» et «Rich Blend», «Nestlé, Don Mills, Ont. M3C 3C7». Une personne qui fait ses courses et qui s’intéresse un peu sérieusement au type de mélange de café qu’il achète peut facilement percevoir que «Mountain Blend» est un mélange de chicorée avant de l’acheter. S’il ne s’en aperçoit pas et s’il n’est pas satisfait du goût lorsqu’il prend une tasse de café, il peut facilement examiner l’étiquette pour se rendre compte qu’il a acheté un mélange de

¹ [1989] 2 F.C. 451 (C.A.).

¹ [1989] 2 C.F. 451 (C.A.).

plaintiff's pure coffee blends and that difference is adequately stated on the label. I am therefore unable to find on the basis of the evidence before me that the continued sale of "Mountain Blend" in Canada will cause irreparable harm to the good will of the plaintiff associated with its products. Mere speculation is not adequate.²

I am aware, of course, of a series of cases in the Trial Division, to which I have contributed, in which it has been found that an obvious infringement of a registered trade mark of itself establishes irreparable harm.³ I do not consider it appropriate to apply that principle in this case. As indicated above, the plaintiff did not in its notice of motion seek an injunction to prevent infringement of the trade marks of which it is the registered user in Canada. This probably reflected a deliberate decision based on the uncertainty of the jurisprudence concerning the rights of registered users. The defendant was entitled to assume that infringement was not an issue in this injunction proceeding. Further, the recent decision of the Federal Court of Appeal in *Syntex Inc. v. Novopharm*⁴ has cast serious doubt on the principle adopted in several Trial Division decisions, as referred to above, that the registered owner of a trade mark is entitled to exclusive use of that trade mark pursuant to section 19 of the *Trade-marks Act* unless and until the trade mark is shown to be invalid, and that the registered owner ought not to be obliged to share that trade mark against his will in the meantime. The Court of Appeal in the *Novopharm* case took the view that if the validity of the registration of the trade mark is questioned in an action, then the trial judge hearing an application for an interlocutory injunction to prevent infringement of that trade

² See e.g. *Imperial Chemical Industries PLC v. Apotex, Inc.*, [1990] 1 F.C. 221 (C.A.), at p. 228; *Syntex Inc. v. Novopharm Ltd.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 129 (F.C.A.), at p. 135.

³ See e.g. *Maple Leaf Mills Ltd. v. Quaker Oat Co. of Can.* (1984), 2 C.I.P.R. 33 (F.C.T.D.); *Joseph E. Seagram & Sons Ltd. v. Andres Wines Ltd.* (1987), 16 C.I.P.R. 131 (F.C.T.D.); *Jercity Franchises Ltd. v. Foord* (1990), 34 C.P.R. (3d) 289 (F.C.T.D.); *H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Edan Foods Sales Inc.* (1991), 35 C.P.R. (3d) 213 (F.C.T.D.).

⁴ *Supra*, note 2.

café contenant de la chicorée, mélange qui n'est pas fabriqué par la demanderesse. La preuve ne me convainc pas que «Mountain Blend» est un produit «inférieur». Il diffère simplement des mélanges de café pur de la demanderesse et l'étiquette fait suffisamment état de cette différence. Je ne saurais conclure de la preuve dont je suis saisi que la vente continue de «Mountain Blend» au Canada va causer un préjudice irréparable à la clientèle de la partie demanderesse liée à ses produits. Une simple spéculation n'est pas suffisante.²

Je connais bien entendu une série de décisions rendues par la Section de première instance, à laquelle j'ai contribué, et dans laquelle il a été jugé qu'une contrefaçon évidente d'une marque de commerce enregistrée établit en soi un préjudice irréparable³. J'estime qu'il ne convient pas d'appliquer ce principe en l'espèce. Ainsi qu'il a été indiqué ci-dessus, la demanderesse n'a pas, dans son avis de requête, cherché à obtenir une injonction pour empêcher la contrefaçon des marques de commerce dont elle est l'usager inscrit au Canada. Il s'agit probablement là d'une décision délibérée fondée sur l'incertitude de la jurisprudence sur les droits des usagers inscrits. La défenderesse était en droit de présumer que la contrefaçon ne faisait pas l'objet de la présente procédure d'injonction. De plus, le récent arrêt de la Cour d'appel fédérale *Syntex Inc. c. Novopharm Inc.*⁴ a émis de sérieux doutes sur le principe adopté dans plusieurs décisions de la Section de première instance, précitées, selon lequel le propriétaire inscrit d'une marque de commerce a droit à l'usage exclusif de cette marque de commerce en vertu de l'article 19 de la *Loi sur les marques de commerce*, à moins qu'on ne rapporte la preuve de l'invalidité de la marque de commerce, et on ne devrait pas obliger le propriétaire inscrit à partager entre-temps cette marque de commerce contre son gré. Dans l'affaire *Novopharm*, la Cour d'appel a estimé que si la validité de l'enregis-

² Voir p. ex. *Imperial Chemical Industries PLC c. Apotex, Inc.*, [1990] 1 C.F. 221 (C.A.), à la p. 228; *Syntex Inc. c. Novopharm Ltd.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 129 (C.A.F.), à la p. 135.

³ Voir p. ex. *Maple Leaf Mills Ltd. c. Quaker Oat Co. of Can.* (1984), 2 C.I.P.R. 33 (C.F. 1^{re} inst.); *Joseph E. Seagram & Sons Ltd. c. Andres Wines Ltd.* (1987), 16 C.I.P.R. 131 (C.F. 1^{re} inst.); *Jercity Franchises Ltd. c. Foord* (1990), 34 C.P.R. (3d) 289 (C.F. 1^{re} inst.); *H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. c. Edan Foods Sales Inc.* (1991), 35 C.P.R. (3d) 213 (C.F. 1^{re} inst.).

⁴ *Supra*, renvoi 2.

mark pending the trial of the action would, in assuming the validity of the trade mark until it is successfully challenged, be "deciding the very issue which is to be determined at trial". In other words, if a defendant raises as part of its defence the alleged invalidity of the trade mark, then there can be no presumption that the trade mark is valid. I assume that the same principle should apply to the registration of a user of a trade mark. In the present case the defendant has in its statement of defence challenged the validity of, among others, the "Nescafe" and the "Nescafe & Design" trade marks, alleging that they are not distinctive because they are incapable of distinguishing the wares of the plaintiff from those of Société des Produits Nestlé S.A., the registered owner of these trade marks which the defendant says are "house marks" of an international group of Nestlé companies.

Moreover I do not think that the principle as enunciated in various Trial Division decisions, assuming irreparable harm where there is substantial evidence of infringement of a registered trade mark, would be applicable in this case. That principle has normally been resorted to in cases where some facsimile of the plaintiff's mark was applied by the defendant to his wares without any authorization. The present case is quite different: it is not disputed that the trade mark on the goods sold by the defendant was lawfully applied by the Nestlé Beverage Company of the United States to its own wares which were subsequently purchased by the defendant and resold in Canada. Further the plaintiff is not the registered owner of the trade mark but a registered user in Canada. These circumstances raise issues which would make any presumption of irreparable harm inappropriate.

In reaching these conclusions I have given careful regard to the recent decision of my colleague Cullen

trement de la marque de commerce est mise en doute dans une action, le juge de première instance qui est saisi d'une requête en injonction interlocutoire introduite pour empêcher la contrefaçon de cette marque de commerce jusqu'à l'instruction de l'action, à supposer que cette marque de commerce soit valide jusqu'à ce que sa validité ait été contestée avec succès, [TRADUCTION] «se prononcerait sur la véritable question qui doit être tranchée à l'instruction». En d'autres termes, si un défendeur soulève, dans le cadre de sa défense, l'invalidité alléguée de la marque de commerce, on ne saurait présumer que cette marque de commerce est valide. Je suppose que le même principe doive s'appliquer à l'enregistrement d'un usager de marque de commerce. En l'espèce, la défenderesse a, dans sa défense, contesté notamment la validité des marques de commerce «Nescafe» et «Nescafe & Design», alléguant qu'elles ne sont pas distinctives parce qu'elles ne peuvent distinguer les marchandises de la demanderesse de celles de la Société des Produits Nestlé S.A., la propriétaire inscrite de ces marques de commerce, dont la défenderesse dit qu'elles sont les [TRADUCTION] «marques de la maison» d'un groupe international de sociétés Nestlé.

De plus, je ne pense pas que le principe énoncé dans diverses décisions de la Section de première instance, selon lequel il y a préjudice irréparable lorsqu'il existe une preuve essentielle de contrefaçon d'une marque de commerce enregistrée, s'applique en l'espèce. On a normalement recouru à ce principe dans des cas où le défendeur a apposé un fac-similé de la marque de commerce du demandeur à ses marchandises sans autorisation. L'espèce est tout à fait différente: il est constant que c'est la Nestlé Beverage Company des États-Unis qui a légalement apposé la marque de commerce figurant sur les marchandises vendues par la défenderesse à ses propres marchandises que la défenderesse a par la suite achetées et revendues au Canada. De plus, la demanderesse est, non pas la propriétaire inscrite de la marque de commerce, mais un usager inscrit au Canada. Ces faits font que toute présomption de préjudice irréparable serait inopportune.

En parvenant à ces conclusions, j'ai soigneusement tenu compte de la décision rendue récemment par

J. in the *Heinz* case,⁵ where he issued an interlocutory injunction against this same defendant in respect of the sale in Canada of U.S.-made Heinz ketchup. I believe the cases are distinguishable in that the plaintiff there sought an injunction to prevent infringement, and it was the registered owner in Canada of the trade mark. Further, the packaging of the U.S. product was virtually indistinguishable from the plaintiff's Canadian-made product, yet the taste was substantially different.

I am therefore dismissing the application for an interlocutory injunction, but on condition that, as the President of the defendant has agreed to do, the defendant keep an accounting of all sales of "Mountain Blend" chicory-based coffee in Canada until the final disposition of this action.

As noted above, the defendant also filed a notice of motion for hearing at the time of the injunction application which, as amended, sought an order

Soliciting the views of the government of Canada concerning the effect of Articles 102, 105, 501 and 2004 of the Canada - U.S. Free Trade Agreement, and any other applicable provisions thereof, upon the right of a Canadian purchaser of authentic name brand goods placed on the United States market by the trade mark owner or with his consent, to resell such goods in Canada without interference by the trade mark owner or any Canadian subsidiaries thereof, or any other companies which are related to the trade mark owner, or which otherwise derive any trade mark rights therefrom.

This motion is based in part on Article 1808 of the Canada-United States Free Trade Agreement⁶ which provides:

Article 1808: Referrals of Matters from Judicial or Administrative Proceedings

1. In the event an issue of interpretation of this Agreement arises in any domestic judicial or administrative proceeding of a Party which either Party considers would merit its intervention, or if a court or administrative body solicits the views of a

⁵ *Supra*, note 3.

⁶ As defined in the *Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1988, c. 65, s. 2.

mon collègue le juge Cullen dans l'affaire *Heinz*⁵, où il a rendu une injonction interlocutoire contre cette même défenderesse relativement à la vente au Canada du ketchup Heinz fait aux États-Unis. J'estime que cette affaire et l'espèce se distinguent l'une de l'autre en ce que la demanderesse dans cette affaire-là a demandé une injonction pour empêcher la contrefaçon, et qu'elle était la propriétaire inscrite au Canada de la marque de commerce. De plus, l'emballage du produit américain était indifférenciable de celui du produit fait au Canada par la demanderesse; cependant, le goût était essentiellement différent.

Je rejette donc la requête en injonction interlocutoire, mais le rejet dépend de la condition que, comme le président de la défenderesse y a consenti, celle-ci tienne une comptabilité de toutes les ventes au Canada de café à base de chicorée «Mountain Blend» jusqu'à ce qu'il ait été définitivement statué sur la présente action.

Ainsi qu'il a été noté ci-dessus, la défenderesse a également déposé un avis de requête pour être entendu au moment de la demande d'injonction qui, tel qu'il a été modifié, demandait une ordonnance

[TRADUCTION] Sollicitant les vues du gouvernement du Canada concernant l'effet des articles 102, 105, 501 et 2004 de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis, et de toute autre disposition applicable de celui-ci, sur le droit d'un acheteur canadien de marchandises portant une marque authentique et qui sont mises sur le marché américain par le propriétaire de la marque de commerce ou avec son consentement, de revendre ces marchandises au Canada sans qu'y fassent obstacle le propriétaire de la marque de commerce ou les filiales canadiennes de celui-ci ou toute autre société qui est liée au propriétaire de la marque de commerce, ou qui en tire par ailleurs des droits afférents à la marque de commerce.

Cette requête repose sur l'article 1808 de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis⁶, qui prévoit:

Article 1808 — Renvois d'instances judiciaires ou administratives

1. S'il survient, devant une instance judiciaire ou administrative d'une Partie, une question d'interprétation du présent accord dont l'une ou l'autre Partie estime qu'elle mérite son intervention, ou si un organe judiciaire ou administratif solli-

⁵ *Supra*, renvoi 3.

⁶ Tel qu'il est défini dans la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis*, L.C. 1988, chap. 65, art. 2.

Party, the Parties shall endeavour to agree on the interpretation of the applicable provisions of this Agreement.

2. The Party in whose territory the court or administrative body is located shall submit any agreed interpretation to the court or administrative body in accordance with the rules of that forum. If the Parties are unable to reach agreement on the interpretation of the provision of this Agreement at issue, either Party may submit its own views to the court or administrative body in accordance with the rules of that forum.

I understand the defendant's motion, therefore, to be for an order whereby I would solicit the views of the Government of Canada as to whether certain articles of the Free Trade Agreement govern or affect the rights of the parties in this case. If I were to make such an order soliciting the views of the Government of Canada, that government would endeavour to reach agreement with the U.S. Government on this matter and, failing such agreement, either government could make submissions to this Court as to the proper interpretation of the agreement.

At the end of the hearing of the injunction application, counsel and I agreed that I would adjourn this application for an order soliciting the views of the Government of Canada and would give appropriate directions as to the further hearing of this application when I had determined how I would dispose of the injunction application.

The defendant is invoking the Free Trade Agreement in support of the proposition that trade mark law should not create a barrier to the defendant importing goods from the United States for sale here. As I have decided not to issue the injunction, there is no need to consider whether the Free Trade Agreement would have provided a further defence for the defendant in respect of the injunction. In any case it appears to me that, at the hearing of an application for an interlocutory injunction in such matters, it would not be appropriate to withhold the decision on the injunction application pending possible agreement by the Canadian and U.S. governments on the interpretation of the Free Trade Agreement or, failing that, the making of submissions by either or both governments to the Court. Such a procedure would take so long as to render futile the application for an

cite les vues de l'une des Parties, les deux Parties s'efforceront de s'entendre sur l'interprétation qu'il convient de donner aux dispositions applicables du présent accord.

2. La Partie sur le territoire de laquelle se trouve l'organe judiciaire ou administratif présentera toute interprétation convenue à l'organe concerné, conformément aux règles de cet organe. Si les Parties ne parviennent pas à s'entendre sur l'interprétation de la disposition en cause du présent accord, l'une ou l'autre Partie pourra présenter ses propres vues à l'organe concerné, conformément aux règles de cet organe.

Je considère donc la requête de la défenderesse comme étant une requête tendant à l'obtention d'une ordonnance par laquelle je solliciterais les vues du gouvernement du Canada sur la question de savoir si certains articles de l'Accord de libre-échange régissent ou touchent les droits des parties en l'espèce. Si je devais rendre une telle ordonnance pour solliciter les vues du gouvernement du Canada, ce dernier s'efforcerait de s'entendre avec le gouvernement des États-Unis sur cette question et, à défaut d'une telle entente, l'un ou l'autre gouvernement pourrait présenter des observations à cette Cour quant à l'interprétation appropriée de l'accord.

À la fin de l'audition de la demande d'injonction, les avocats et moi-même nous sommes convenus que j'ajournerais l'audition de la demande tendant à l'obtention d'une ordonnance sollicitant les vues du gouvernement du Canada, et que je donnerais des directives appropriées quant à la nouvelle audition de cette demande quand j'aurais déterminé la façon dont je statuerais sur la demande d'injonction.

La défenderesse invoque l'Accord de libre-échange pour étayer l'idée que le droit des marques de commerce ne doit pas créer un obstacle à son importation de marchandises provenant des États-Unis pour les vendre au Canada. Comme j'ai décidé de ne pas décerner l'injonction, il n'est pas nécessaire d'examiner la question de savoir si l'Accord de libre-échange donne un autre moyen de défense à la défenderesse à l'égard de l'injonction. En tout cas, il me semble que, à l'audition d'une demande d'injonction interlocutoire à cet égard, il ne conviendrait pas de remettre la décision sur la demande d'injonction en attendant une entente possible de la part des gouvernements canadien et américain sur l'interprétation de l'Accord de libre-échange ou, à défaut d'une telle entente, en attendant que l'un ou l'autre gouvernement ou les deux gouvernements présentent des

injunction. In accordance with the law and practice concerning interlocutory injunctions such a matter, which might conceivably affect the ultimate disposition of the case in influencing the determination of certain questions of law concerning the respective rights of the parties, goes to the merits and should be postponed until trial and final disposition of the case. It is now accepted that in normal cases the trial judge hearing an application for an interlocutory injunction ought not to try the merits. I would only add that the relevancy of this application to either the interlocutory injunction or the final disposition of the case is far from clear and would require extensive argument: the defendant will have to show, for example, that the extraordinary procedure contemplated by article 1808 of the Free Trade Agreement has become part of the domestic law of Canada so as to require this Court to entertain such motions. Further, the defendant will have to show that there is some issue of interpretation of the Free Trade Agreement pertinent to the present case, a matter which is far from clear to me. If and when the matter is considered by the Court at some other stage the defendant will also have to persuade the Court that it *ought* to "solicit" the views of the executive branch of government on the legal interpretation of the Free Trade Agreement, a decision which even Article 1808 leaves to the Court's discretion.

I am therefore adjourning *sine die* the defendant's application for an order soliciting those views. The parties are at liberty to bring this application on for hearing prior to trial or at the trial itself, subject to further direction by the Court.

observations à la Cour. Une telle procédure prendrait tellement de temps qu'elle rendrait futile la demande d'injonction. Conformément au droit et à la pratique concernant les injonctions interlocutoires, une telle question, qui pourrait influencer le règlement définitif de l'affaire en influant sur le règlement de certaines questions de droit relatives aux droits respectifs des parties, est une question de fond et devrait être ajournée jusqu'à l'instruction et jusqu'à ce qu'il ait été définitivement statué sur l'affaire. Il est maintenant reconnu que, normalement, le juge de première instance connaissant d'une demande d'injonction interlocutoire ne devrait pas statuer sur le fond. J'ajouterais seulement que le rapport de cette demande avec ou bien l'injonction interlocutoire ou bien le règlement définitif de l'affaire est loin d'être clair et exigerait une argumentation approfondie: la défenderesse devra démontrer par exemple que la procédure extraordinaire prévue par l'article 1808 de l'Accord de libre-échange fait partie du droit interne canadien de manière à exiger de cette Cour qu'elle connaisse de ces requêtes. La défenderesse devra en outre démontrer qu'il est une question d'interprétation de l'Accord de libre échange qui se rapporte à l'espèce, ce qui est loin d'être clair à mes yeux. Si la question est examinée par la Cour à un autre stade, la défenderesse devra également persuader la Cour qu'elle devrait «solliciter» les vues de l'organe administratif du gouvernement sur l'interprétation juridique de l'Accord de libre-échange, décision que même l'article 1808 laisse à la discrétion de la Cour.

J'ajourne donc *sine die* l'audition de la demande tendant à l'obtention d'une ordonnance qui solliciterait ces vues. Il est loisible aux parties de faire entendre cette demande avant l'instruction ou à l'instruction elle-même, sous réserve d'autres directives de la Cour.

T-1786-90

T-1786-90

Glen Kealey (Plaintiff)**Glen Kealey (demandeur)**

v.

c.

Her Majesty the Queen, the Attorney General of Canada, Norm Inkster, André Potvin, Brian Mulroney, Harvey Andre* and Doug Lewis (Defendants)

Sa Majesté la Reine, le procureur général du Canada, Norm Inkster, André Potvin, Brian Mulroney, Harvey Andre* et Doug Lewis (défendeurs)

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

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

Trial Division, Teitelbaum J.—Ottawa, April 29 and May 2, 1991.

^c Section de première instance, juge Teitelbaum—Ottawa, 29 avril et 2 mai 1991.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Application of test in ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al. — Federal common law constituting “law of Canada” within Constitution Act, 1867, s. 101 — Charter not “law of Canada” — Court having jurisdiction over torts committed by members of RCMP, including Commissioner — No power of review over Cabinet under Federal Court Act, s. 18 — Houses of Parliament, committees not boards, commissions or tribunals.

^d *Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Application du critère défini par ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre — La common law fédérale parmi les «lois du Canada» au sens de l’art. 101 de la Loi constitutionnelle de 1867 — La Charte n’est pas une «loi du Canada» — Compétence de la Cour sur les délits civils commis par les membres de la GRC, y compris le commissaire — Aucun pouvoir de contrôle sur le Cabinet ne découle de l’art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale — Les chambres du Parlement et leurs comités ne sont pas des offices fédéraux.*

Crown — Torts — Court having jurisdiction over torts committed by Crown servants even if lacking jurisdiction over individual tortfeasors.

^e *Couronne — Responsabilité délictuelle — La Cour a compétence pour connaître des délits civils commis par les préposés de la Couronne, même si elle n’a pas compétence sur les auteurs de ces délits à titre personnel.*

Practice — Parties — Redundant, confusing to name Attorney General where Crown named as defendant.

^f *Pratique — Parties — Le fait de citer le procureur général dans les actions contre la Couronne est redondant et ne fait qu’embrouiller les choses.*

These were motions brought by the defendants under Rule 419 to strike the second amended statement of claim. The action arose out of the plaintiff’s arrest by the defendant Potvin, an RCMP officer, on Parliament Hill, March 19, 1990, on a charge of infringing the *Public Works Nuisances Regulations*. The Regulations had been amended by Order in Council on March 1, 1990 to prohibit demonstrations near the doors of the Parliament buildings. The plaintiff spent four days in custody before being released at a show cause hearing on the basis that his detention was unreasonable. The Crown stayed the charges. The plaintiff’s claim is for general, special and exemplary damages and a declaration. Plaintiff’s assertion is that the amendment to the Regulations was made for the improper purpose of infringing his Charter rights and that his arrest, detention and prosecution were malicious.

^g Requêtes introduites par les défendeurs sous le régime de la Règle 419, en radiation de la deuxième déclaration modifiée. Cette action faisait suite à l’arrestation du demandeur par le défendeur Potvin, agent de la GRC, le 19 mars 1990 sur la Colline parlementaire, pour contravention au *Règlement concernant les actes nuisibles sur des ouvrages publics*. Ce règlement avait été modifié par décret en conseil du 1^{er} mars 1990 de façon à interdire les manifestations à proximité des portes des édifices du Parlement. Le demandeur fut détenu pendant quatre jours avant d’être libéré à l’audience de justification, par ce motif que sa détention était déraisonnable. La Couronne a suspendu les poursuites contre lui. Le demandeur conclut aux dommages-intérêts généraux, spéciaux et punitifs ainsi qu’à un jugement déclaratoire. Il soutient que la modification du règlement avait pour dessein illégitime de porter atteinte aux droits que lui garantit la Charte et que son arrestation, sa détention et les poursuites engagées contre lui étaient malveillantes.

* Editor’s note: The style of cause reproduces the spelling of the name of the defendant Harvie Andre found in the pleadings.

* Note de l’arrêviste: L’intitulé de la cause reprend l’orthographe du nom du défendeur Harvie Andre qui se trouve dans les plaidoiries.

Held, the motions to strike the individual defendants from the statement of claim should be allowed, and the claims for breach of constitutional rights and abuse of process struck. The statement of claim should be amended to claim only for false arrest, false imprisonment and malicious prosecution and only against the Crown.

Three conditions for Federal Court jurisdiction were laid down by the Supreme Court of Canada in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*: (1) a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament, (2) an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction, and (3) that the law on which the case is based is a “law of Canada” within section 101 of the *Constitution Act, 1867*.

The *Crown Liability Act*, paragraph 3(a), and the *Federal Court Act*, subsection 17(1) and paragraph 17(5)(b), provide the statutory grant of jurisdiction over the Crown for torts committed by its servants, even where there is no jurisdiction over those servants individually. The *Public Works Act* and the *Public Works Nuisances Regulations* constitute an existing body of federal law, and are essential to the determination of the question as to whether the plaintiff’s arrest was wrongful.

The causes of action in false arrest, false imprisonment and malicious prosecution arise out of the common law of torts. Federal common law is capable of satisfying the requirement that the case be based on a law of Canada.

The Charter is not a law of Canada within section 101 of the *Constitution Act, 1867*; rather, the claim for breach of constitutional rights is subsumed by the claims for the nominate torts and, since the Court has jurisdiction over those claims, it can deal with any Charter issues which arise. There is no nominate tort of breach of statutory duty. The Court has jurisdiction over torts committed by members of the RCMP, including the Commissioner, since, under the *Royal Canadian Mounted Police Act*, they are servants of the Crown for the purpose of Crown liability. The cause of action against them personally, however, does not depend on federal law, and they may not be impleaded in Federal Court. The Court lacked jurisdiction over the claims against the Prime Minister and the Cabinet Ministers. The Houses of Parliament and their committees are not “boards, commissions or other tribunals” within section 18 of the *Federal Court Act*, rather, they create such bodies and are not on their level.

Where the Crown is named a defendant to an action, it is redundant and confusing to also name the Attorney General.

On a motion under Rule 419, all allegations of fact are assumed to be proven. On that basis, the plaintiff may have a

Jugement: les requêtes en radiation des défendeurs à titre personnel doit être accueillie, et les conclusions d’atteinte aux droits constitutionnels et d’abus des procédures, radiées. La déclaration doit être modifiée pour ne plus faire valoir que les chefs d’arrestation illégale, de séquestration et de poursuite malveillante, et ce uniquement contre la Couronne.

Les trois conditions de la compétence de la Cour fédérale ont été définies par la Cour suprême du Canada dans *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*: (1) il doit y avoir attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral, (2) il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l’attribution légale de compétence, et (3) la loi invoquée dans l’affaire doit être une «loi du Canada» au sens de l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

L’alinéa 3a) de la *Loi sur la responsabilité de l’État*, le paragraphe 17(1) et l’alinéa 17(5)b) de la *Loi sur la Cour fédérale* opèrent attribution légale de compétence à la Cour fédérale à l’égard de la Couronne pour ce qui est des délits civils commis par les préposés de cette dernière, même si la Cour n’a pas compétence sur ces derniers à titre personnel. La *Loi sur les travaux publics* et le *Règlement concernant les actes nuisibles sur des ouvrages publics* constituent l’ensemble des règles de droit fédérales qui est essentiel à la solution de la question de savoir si l’arrestation du demandeur était illégale.

Arrestation illégale, séquestration et poursuite malveillante sont des causes d’action fondées sur les délits civils reconnus en common law. La common law fédérale est suffisante pour satisfaire à la condition que l’action soit fondée sur une loi du Canada.

La Charte n’est pas une loi du Canada au sens de l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*; mais le chef d’atteinte aux droits constitutionnels est compris dans les chefs de délits civils connus et, comme la Cour a compétence sur ces derniers, elle a compétence pour connaître des litiges touchant la Charte. Il n’existe aucun délit civil connu sous le nom de manquement à une obligation légale. La Cour a compétence sur les délits civils commis par les membres de la GRC, dont le commissaire, puisque selon la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, ils sont des préposés de la Couronne en ce qui concerne la responsabilité de l’État. La cause d’action invoquée contre eux à titre personnel ne dépend pas de la loi fédérale, et ils ne peuvent être poursuivis devant la Cour fédérale. La Cour n’a pas compétence pour connaître des chefs de demande portés contre le premier ministre et les ministres du gouvernement. Les deux chambres du Parlement et leurs comités ne sont pas des «offices fédéraux» au sens de l’article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*; de fait, elles créent ces entités et ne sont pas au même niveau.

En cas d’action intentée contre la Couronne, il est redondant d’y joindre le procureur général, dont la présence ne ferait qu’embrouiller les choses.

En cas de requête fondée sur la Règle 419, tous les faits allégués doivent être tenus pour avérés. Le demandeur pourrait

claim against the Crown for false arrest, false imprisonment and malicious prosecution.

fort bien faire valoir contre la Couronne son action en arrestation illégale, séquestration et poursuite malveillante.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Bill of Rights, R.S.C., 1985, Appendix III.
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].
Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 101.
Crown Liability Act, R.S.C., 1985, c. C-50, ss. 2, 3(a).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 17(1), (5)(b).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 337(2)(b), 419(1)(a).
Police Act, R.S.O. 1980, c. 381, s. 24.
Public Works Act, R.S.C., 1985, c. P-38.
Public Works Nuisances Regulations, C.R.C., c. 1365, ss. 6(2) (as enacted by SOR/85-370, s. 1), 10.1 (as enacted by SOR/90-155, s. 2), 11 (as am. *idem*, s. 3).
Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C., 1985, c. R-10, ss. 1, 3, 5 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 2), 6 (as am. *idem*, s. 3), 53 (as am. *idem*, s. 22).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al., [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322; [1989] 3 W.W.R. 117; (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 1; 25 F.T.R. 161; 92 N.R. 241; *McNamara Construction (Western) Ltd. et al. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654; (1977), 75 D.L.R. (3d) 273; 13 N.R. 181; *Southam Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1990] 3 F.C. 465; 1990, 73 D.L.R. (4th) 289 (C.A.).

APPLIED:

Bradasch v. Warren et al. (1989), 27 F.T.R. 70 (F.C.T.D.); affd [1990] 3 F.C. 32; (1990), 111 N.R. 149 (C.A.).

DISTINGUISHED:

Pacific Western Airlines Ltd. v. R., [1979] 2 F.C. 476 (T.D.); affd [1980] 1 F.C. 86; (1979), 105 D.L.R. (3d) 60; 14 C.P.C. 165 (C.A.); *Rhine v. The Queen*; *Prytula v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 442; (1980), 116 D.L.R. (3d) 385; 34 N.R. 290.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].
Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), appendice III.
Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 101.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 17(1), (5)b).
Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. (1985), chap. R-10, art. 1, 3, 5 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), chap. 8, art. 2), 6 (mod. *idem*, art. 3), 53 (mod. *idem*, art. 22).
Loi sur la police, L.R.O. 1980, chap. 381, art. 24.
Loi sur la responsabilité de l'État, L.R.C. (1985), chap. C-50, art. 2, 3a).
Loi sur les travaux publics, L.R.C. (1985), chap. P-38.
Règlement concernant les actes nuisibles sur des ouvrages publics, C.R.C., chap. 1365, art. 6(2) (édicte par DORS/85-370, art. 1), 10.1 (édicte par DORS/90-155, art. 2), 11 (mod. *idem*, art. 3).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 337(2)b), 419(1)a).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS SUIVIES:

ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre, [1986] 1 R.C.S. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322; [1989] 3 W.W.R. 117; (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 1; 25 F.T.R. 161; 92 N.R. 241; *McNamara Construction (Western) Ltd. et autre c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654; (1977), 75 D.L.R. (3d) 273; 13 N.R. 181; *Southam Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1990] 3 C.F. 465; 1990, 73 D.L.R. (4th) 289 (C.A.).

DÉCISION APPLIQUÉE:

Bradasch c. Warren et autres (1989), 27 F.T.R. 70 (C.F. 1^{re} inst.); conf. [1990] 3 C.F. 32; (1990), 111 N.R. 149 (C.A.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Pacific Western Airlines Ltd. c. R., [1979] 2 C.F. 476 (1^{re} inst.); conf. [1980] 1 C.F. 86; (1979), 105 D.L.R. (3d) 60; 14 C.P.C. 165 (C.A.); *Rhine c. La Reine*; *Prytula c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 442; (1980), 116 D.L.R. (3d) 385; 34 N.R. 290.

CONSIDERED:

Weisfeld v. Canada, [1990] 1 F.C. 367; (1989), 42 C.R.R. 238; 27 F.T.R. 30 (T.D.); *Stephens v. R.* (1982), 26 C.P.C. 1; [1982] CTC 138; 82 DTC 6132; 40 N.R. 620 (F.C.A.); *Kigowa v. Canada*, [1990] 1 F.C. 804; (1990), 67 D.L.R. (4th) 305; 10 Imm. L.R. (2d) 161; 105 N.R. 278 (C.A.); *Lagiorgia v. The Queen*, [1985] 1 F.C. 438; (1985), 18 C.R.R. 348; [1985] 2 CTC 25; 85 DTC 5419 (Fr.); 85 DTC 5554 (Eng.) (T.D.); *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; (1959), 16 D.L.R. (2d) 689; *Gershman v. Manitoba Vegetable Producers' Marketing Board* (1976), 69 D.L.R. (3d) 114; [1976] 4 W.W.R. 406 (Man. C.A.); *Crown Trust Co. v. Ontario* (1988), 64 O.R. (2d) 774 (H.C.); *Bosada v. R.*, [1979] 2 F.C. 335 (T.D.).

REFERRED TO:

R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool, [1983] 1 S.C.R. 205; (1983), 143 D.L.R. (3d) 9; [1983] 3 W.W.R. 97; 23 CCLT 121; 45 N.R. 425.

AUTHORS CITED

Hogg, Peter W., *The Liability of the Crown*, 2nd ed., Toronto: Carswell Co. Ltd., 1989.

COUNSEL:

Todd A. McKendrick for plaintiff.
Barbara A. McIsaac, Q.C. for defendants Her Majesty The Queen, the Attorney General of Canada, Norm Inkster and André Potvin.
H. Lorne Morphy, Q.C. and *Kent E. Thomson* for the defendants Brian Mulroney, Harvie Andre and Doug Lewis.

SOLICITORS:

Bosada & Associates, Ottawa, for plaintiff.

Deputy Attorney General of Canada for defendants Her Majesty The Queen, the Attorney General of Canada, Norm Inkster and André Potvin.

Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto, for defendants Brian Mulroney, Harvie Andre and Doug Lewis.

The following are the reasons for order rendered in English by

TEITELBAUM J.: These are two motions, one by the defendants Brian Mulroney, Harvie Andre and Doug Lewis and the second by the defendants Her Majesty the Queen (Queen), the Attorney General of Canada (Attorney General), Norman Inkster (Inkster) and

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Weisfeld c. Canada, [1990] 1 C.F. 367; (1989), 42 C.R.R. 238; 27 F.T.R. 30 (1^{re} inst.); *Stephens c. R.* (1982), 26 C.P.C. 1; [1982] CTC 138; 82 DTC 6132; 40 N.R. 620 (C.A.F.); *Kigowa c. Canada*, [1990] 1 C.F. 804; (1990), 67 D.L.R. (4th) 305; 10 Imm. L.R. (2d) 161; 105 N.R. 278 (C.A.); *Lagiorgia c. La Reine*, [1985] 1 C.F. 438; (1985), 18 C.R.R. 348; [1985] 2 CTC 25; 85 DTC 5419 (Fr.); 85 DTC 5554 (Angl.) (1^{re} inst.); *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; (1959), 16 D.L.R. (2d) 689; *Gershman v. Manitoba Vegetable Producers' Marketing Board* (1976), 69 D.L.R. (3d) 114; [1976] 4 W.W.R. 406 (C.A. Man.); *Crown Trust Co. v. Ontario* (1988), 64 O.R. (2d) 774 (H.C.); *Bosada c. R.*, [1979] 2 C.F. 335 (1^{re} inst.).

DÉCISION CITÉE:

R. du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool, [1983] 1 R.C.S. 205; (1983), 143 D.L.R. (3d) 9; [1983] 3 W.W.R. 97; 23 CCLT 121; 45 N.R. 425.

DOCTRINE

Hogg, Peter W., *The Liability of the Crown*, 2nd ed., Toronto: Carswell Co. Ltd., 1989.

AVOCATS:

Todd A. McKendrick pour le demandeur.
Barbara A. McIsaac, c.r., pour les défendeurs Sa Majesté la Reine, le procureur général du Canada, Norm Inkster et André Potvin.
H. Lorne Morphy, c.r., et *Kent E. Thomson* pour les défendeurs Brian Mulroney, Harvie Andre et Doug Lewis.

PROCUREURS:

Bosada & Associates, Ottawa, pour le demandeur.

Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs Sa Majesté la Reine, le procureur général du Canada, Norm Inkster et André Potvin.

Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto, pour les défendeurs Brian Mulroney, Harvie Andre et Doug Lewis.

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

LE JUGE TEITELBAUM: La Cour est saisie de deux requêtes en radiation de la deuxième déclaration modifiée en l'espèce, l'une introduite par les défendeurs Brian Mulroney, Harvie Andre et Doug Lewis, et l'autre par les défendeurs Sa Majesté la Reine (la

André Potvin (Potvin) for an order striking out the second amended statement of claim. The defendants, Mulroney, Andre and Lewis, in addition to requesting an order to strike pursuant to Rule 419 of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663] ask:

(b) in the alternative to (a) above, an order pursuant to s. 50 of the *Federal Court Act* permanently staying this action;

(c) in the alternative to (a) and (b) above, an order pursuant to rule 415 of the *Federal Court Rules* compelling the plaintiff to provide particulars of the following allegations in the Statement of Claim:

(i) particulars of the "improper and malicious purpose" referred to in paragraph 15 of the Statement of Claim which is alleged to have motivated the Board of Internal Economy to cause the Regulation to be forwarded to the Cabinet of the Government of Canada for approval, including particulars of the nature of the purpose, the manner in which the purpose was allegedly formulated and by whom;

(ii) particulars of the allegation in paragraph 15 of the Statement of Claim that Andre was "instrumental in developing the amendment" and that he is responsible in his personal capacity and as a representative of the Crown, including particulars of the act or acts for which Andre is allegedly liable and the basis upon which he is alleged to be liable;

(iii) particulars of the "improper and malicious purpose" referred to in paragraph 16 of the Statement of Claim which is alleged to have motivated the Cabinet of the Government of Canada to "pass" the Amendment, including particulars of the nature of the purpose, the manner in which the purpose was allegedly formulated and by whom;

(iv) particulars of the allegation in paragraph 16 of the Statement of Claim that Mulroney, Andre and Lewis are "responsible in their personal capacities and as representatives of the Crown" for the passing of the Amendment by the Federal Cabinet, including particulars of the act or acts relied upon in support of this allegation and the basis upon which the Defendants are alleged to be liable; and

(v) particulars of the claims in paragraph 22(a) of the Statement of Claim, including particulars of which defendants the various claims are asserted against and on what basis;

(d) this costs of this motion, and of the action; and

(e) such further and other relief as to this Honourable Court may seem just.

The grounds of the motion on behalf of Mulroney, Andre and Lewis, as stated in the notice of motion, are:

(a) the Federal Court of Canada has no jurisdiction in respect of the claims asserted in this action against Mulroney, Andre and Lewis;

Reine), le procureur général du Canada (le procureur général), Norman Inkster (Inkster) et André Potvin (Potvin). Outre l'ordonnance portant radiation en application de la Règle 419 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., chap. 663], les défendeurs Mulroney, Andre et Lewis concluent encore à ce qui suit:

b) subsidiairement à a) ci-dessus, ordonnance portant suspension définitive de cette action, en application de l'article 50 de la *Loi sur la Cour fédérale*;

c) subsidiairement à a) et b) ci-dessus, ordonnance obligeant, en application de la règle 415 des *Règles de la Cour fédérale*, le demandeur à produire des détails sur les allégations suivantes de la déclaration:

(i) détails sur le «dessein illégitime et malveillant» mentionné au paragraphe 15 de la déclaration, et qui aurait poussé le Bureau de régie interne à soumettre le règlement à l'adoption du Cabinet du gouvernement du Canada, y compris les détails sur la nature de ce dessein, sur la manière dont il aurait été formé et sur ceux qui l'auraient formé;

(ii) détails relatifs à l'allégation du paragraphe 15 de la déclaration, selon laquelle Andre a «contribué à la formulation de la modification» et qu'il est responsable à titre personnel et en sa qualité de représentant de la Couronne, y compris les détails relatifs à l'acte ou aux actes dont Andre serait responsable ainsi que le fondement de cette responsabilité;

(iii) détails sur le «dessein illégitime et malveillant» mentionné au paragraphe 16 de la déclaration, et qui aurait poussé le Cabinet du gouvernement du Canada à «prendre» le règlement, y compris les détails sur la nature de ce dessein, sur la manière dont il aurait été formé et sur ceux qui l'auraient formé;

(iv) détails relatifs à l'allégation du paragraphe 16 de la déclaration, selon laquelle Mulroney, Andre et Lewis sont «responsables à titre personnel et en leur qualité de représentants de la Couronne» de l'adoption du règlement par le Cabinet fédéral, y compris les détails relatifs à l'acte ou aux actes invoqués à l'appui de cette allégation et le fondement de la responsabilité supposée des défendeurs;

(v) détails relatifs aux chefs de demande figurant à l'alinéa 22a) de la déclaration, dont l'identité des défendeurs respectivement visés et le fondement de ces divers chefs de demande;

d) dépens de la requête ainsi que de l'action principale;

e) toute autre réparation que la Cour estime indiquée.

Les motifs de la requête introduite pour le compte de Mulroney, Andre et Lewis, tels qu'ils figurent sur l'avis de requête, sont les suivants:

a) la Cour fédérale du Canada n'a pas compétence pour connaître des chefs de demande portés dans cette action contre Mulroney, Andre et Lewis;

(b) the Statement of Claim discloses no reasonable cause of action against Mulroney, Andre and Lewis;

(c) the allegations in the Statement of Claim made against Mulroney, Andre and Lewis are scandalous, frivolous or vexatious, or are otherwise an abuse of the process of this Court;

(d) the plaintiff has failed to plead the material facts upon which he relies in support of the allegations referred to in paragraphs (c)(i), (ii), (iii) and (iv) above, and in the absence of the requested particulars the Defendants Mulroney, Andre and Lewis cannot plead intelligently in this action; and

(e) such further and other grounds as counsel may advise and this Honourable Court may permit.

The grounds of the motion on behalf of the Queen, the Attorney General, Inkster and Potvin as stated in the notice of motion are:

(a) The Federal Court of Canada has no jurisdiction pursuant to section 17 of the *Federal Court Act* in respect of a claim founded in tort against the said Norm Inkster for breach of constitutional rights, wrongful arrest, abuse of process and breach of statutory duty, or malicious prosecution;

(b) The Federal Court of Canada has no jurisdiction pursuant to section 17 of the *Federal Court Act* in respect of a claim founded in tort against the said André Potvin for breach of constitutional rights, wrongful arrest, abuse of process and breach of statutory duty, or malicious prosecution;

(c) The Federal Court of Canada has no jurisdiction pursuant to section 17 of the *Federal Court Act* in respect of a claim founded in tort against the Attorney General of Canada, in her personal capacity, for breach of constitutional rights, breach of statutory duty, abuse of process, wrongful arrest, false imprisonment, and malicious prosecution;

(d) The Statement of Claim is otherwise scandalous, frivolous and vexatious, may prejudice, embarrass or delay the fair trial of the action and is an abuse of the process of the Court, and ought to be struck out pursuant to subrules 419(1)(c), (d) & (f) of the *Federal Court Rules*.

The events leading up to the present proceeding can best be summarized as follows:

(a) March 1, 1990 Amendment [SOR/90-155] to the *Public Works Nuisances Regulations* [C.R.C., c. 1365], pursuant to the *Public Works Act*, R.S.C., 1985, c. P-38.

b) la déclaration ne révèle aucune cause raisonnable d'action contre Mulroney, Andre et Lewis;

c) les allégations faites dans la déclaration contre Mulroney, Andre et Lewis sont scandaleuses, futiles ou vexatoires, ou constituent par ailleurs un emploi abusif des procédures de la Cour;

d) le demandeur n'a pas fait valoir les faits sur lesquels il fonde les allégations visées aux alinéas c)(i), (ii), (iii) et (iv) ci-dessus, et faute des détails demandés, les défendeurs Mulroney, Andre et Lewis ne peuvent défendre intelligemment à cette action; et

e) tout autre motif que l'avocat des défendeurs pourra présenter et que la Cour jugera recevable.

Les motifs de la requête introduite pour le compte de la Reine, du procureur général, d'Inkster et de Potvin, tels qu'ils figurent à l'avis de requête, sont les suivants:

[TRADUCTION] a) La Cour fédérale du Canada n'a pas, sous le régime de l'article 17 de la *Loi sur la Cour fédérale*, compétence pour connaître de l'action en responsabilité délictuelle intentée contre ledit Norm Inkster pour atteinte à des droits constitutionnels, arrestation illégale, emploi abusif des procédures et manquement à une obligation légale, ou poursuite malveillante;

b) La Cour fédérale du Canada n'a pas, sous le régime de l'article 17 de la *Loi sur la Cour fédérale*, compétence pour connaître de l'action en responsabilité délictuelle intentée contre ledit André Potvin pour atteinte à des droits constitutionnels, arrestation illégale, emploi abusif des procédures et manquement à une obligation légale, ou poursuite malveillante;

c) La Cour fédérale du Canada n'a pas, sous le régime de l'article 17 de la *Loi sur la Cour fédérale*, compétence pour connaître de l'action en responsabilité délictuelle intentée contre le procureur général du Canada à titre personnel, pour atteinte à des droits constitutionnels, manquement à une obligation légale, emploi abusif des procédures, arrestation illégale, séquestration, et poursuite malveillante;

d) La déclaration est par ailleurs scandaleuse, futile et vexatoire; elle peut causer préjudice, gêner ou retarder l'instruction équitable de l'action, et constitue un emploi abusif des procédures de la Cour; elle devrait être radiée en application des alinéas (1)c), d) et f) de la règle 419 des *Règles de la Cour fédérale*.

Voici en résumé la chronologie des faits qui ont abouti à ce stade de la procédure:

(a) 1^{er} mars 1990 Modification [DORS/90-155] du *Règlement concernant les actes nuisibles sur des ouvrages publics* [C.R.C., chap. 1365], pris pour l'application de la *Loi sur les travaux publics*, L.R.C. (1985), chap. P-38.

- (b) March 19, 1990 Plaintiff arrested while demonstrating on the sidewalk across from the Central Block of Parliament Hill allegedly in contravention of the new amendment. He is detained in custody. ^a
- (c) March 23, 1990 Plaintiff's show cause hearing. Plaintiff is released from custody on the basis of the unreasonableness of his detention.
- (d) June 27, 1990 Plaintiff files first statement of claim. ^b
- (e) September 14, 1990 The Crown stays the proceedings against the plaintiff on the nuisance charges.
- (f) October 10, 1990 The defendants file notices of motion to strike the statement of claim. ^c
- (g) October 17, 1990 Hearing before Dubé J.—Leave is given to plaintiff to amend his statement of claim. The motions are adjourned.
- (h) December 20, 1990 The plaintiff files his second amended statement of claim. Jim Hawkes and John Fraser are no longer listed as defendants. ^d

The following are the defendants involved in the present proceedings: ^e

- (a) Her Majesty the Queen
- (b) The Attorney General of Canada ^f
- (c) Norm Inkster: Commissioner of the RCMP.
- (d) André Potvin: Member of the RCMP in charge of the arrest of the plaintiff and the swearing of the information against the plaintiff. ^g

The above four defendants are represented by Barbara McIsaac, Q.C. of the Department of Justice.

- (e) Brian Mulroney: Prime Minister of Canada and was a member of the Federal Cabinet at the time that the Order in Council amending the Regulations was passed. ^h
- (f) Harvie Andre: was a member of the Federal Cabinet at the time that the Order in Council amending the Regulations was passed. ⁱ
- (g) Doug Lewis: at the time Minister of Justice, a member of the Federal Cabinet at the time that the Order in Council amending the Regulations was passed. ^j
- (b) 19 mars 1990 Le demandeur est arrêté pour avoir manifesté sur le trottoir faisant face à l'édifice du Centre de la Colline parlementaire, contrevenant de ce fait au règlement modifié. Il est incarcéré.
- (c) 23 mars 1990 Audience de justification à l'issue de laquelle le demandeur est libéré par ce motif que sa détention était déraisonnable.
- (d) 27 juin 1990 Le demandeur dépose sa première déclaration.
- (e) 14 septembre 1990 La Couronne suspend la poursuite intentée contre le demandeur pour nuisance.
- (f) 10 octobre 1990 Les défendeurs déposent les avis de requête en radiation de la déclaration.
- (g) 17 octobre 1990 Audience présidée par le juge Dubé—Le demandeur est autorisé à modifier sa déclaration. Les requêtes sont ajournées.
- (h) 20 décembre 1990 Le demandeur dépose sa deuxième déclaration modifiée. Jim Hawkes et John Fraser ne sont plus cités comme défendeurs.

Voici en cet état de la cause les défendeurs en l'espèce:

- (a) Sa Majesté la Reine
- (b) Le procureur général du Canada
- (c) Norm Inkster, commissaire de la GRC
- (d) André Potvin, agent de la GRC chargé de l'arrestation du demandeur et du dépôt de la dénonciation faite sous serment contre ce dernier.

Les quatre défendeurs ci-dessus sont représentés par Barbara McIsaac, c.r. du ministère de la Justice.

- (e) Brian Mulroney, premier ministre du Canada et membre du Cabinet fédéral à la date du décret en conseil portant modification du règlement.
- (f) Harvie Andre, membre du Cabinet fédéral à la date du décret en conseil portant modification du règlement.
- (g) Doug Lewis, ministre de la Justice à l'époque, et membre du Cabinet fédéral à la date du décret en conseil portant modification du règlement.

The last three defendants are represented by H. Lorne Morphy, Q.C. of Tory, Tory, DesLauriers & Binnington.

The plaintiff's second amended statement of claim may be summarized as follows:

(a) That the amendment to the *Public Works Nuisances Regulations* was made for an improper and malicious purpose, that is, specifically to infringe the plaintiff's Charter rights.

(b) That the amendment to the *Public Works Nuisances Regulations* constitutes a breach of statutory authority by Mulrone, Andre and Lewis, who are responsible in their personal capacities and as representatives of the Crown.

(c) That the Regulation as amended and arrest and detention contravenes the plaintiff's constitutional rights pursuant to sections 2, 7, 9, 12 and 15 of the Charter and as recognized in paragraphs 1(a), 1(b), 1(d), 1(e), 2(a), 2(b) of the *Canadian Bill of Rights*.

(d) That the plaintiff's arrest, detention and prosecution were carried out for a malicious and improper purpose and that the said arrest was cruel and unusual given the nature of his offence.

The Regulation, as amended, prohibits demonstrations or loud disruptive noises within a radius of 50 metres from any entrance to the East Block, the Centre Block and the West Block on Parliament Hill from Monday to Friday. Anyone who contravenes the relevant provisions of the Act is guilty of an offence punishable on summary conviction and is liable to a fine not exceeding \$400.

10.1 (1) Subject to subsection (2), no person shall engage in any of the following activities, within a radius of 50 metres from any entrance to the East Block, the Centre Block and the West Block on Parliament Hill, Monday to Friday, except holidays:

- (a) making any loud disruptive noise;
- (b) demonstrating, alone or with other persons, with or without a sign, or participating in any demonstration; or

Ces trois derniers défendeurs sont représentés par H. Lorne Morphy, c.r. de l'étude Tory, Tory, DesLauriers & Binnington.

La deuxième déclaration modifiée du demandeur peut se résumer comme suit:

[TRADUCTION] (a) La modification du *Règlement concernant les actes nuisibles sur des ouvrages publics* a été faite dans un dessein illégitime et malveillant, savoir porter atteinte tout particulièrement aux droits du demandeur, que garantit la Charte.

(b) La modification du *Règlement concernant les actes nuisibles sur des ouvrages publics* constitue un abus des pouvoirs légaux, de la part de Mulrone, Andre et Lewis, qui sont responsables à titre personnel et en leur qualité de représentants de la Couronne.

(c) Le règlement tel qu'il a été modifié, l'arrestation et la détention du demandeur portent atteinte aux droits constitutionnels de celui-ci, que garantissent les articles 2, 7, 9, 12 et 15 de la Charte et tels que les reconnaissent les alinéas 1a), 1b), 1d), 1e), 2a) et 2b) de la *Déclaration canadienne des droits*.

(d) L'arrestation et la détention du demandeur ainsi que les poursuites engagées contre lui ont été faites dans un dessein illégitime et malveillant, et ladite arrestation était une mesure cruelle et inusitée par rapport à la transgression.

Le Règlement en cause, tel qu'il a été modifié, interdit, du lundi au vendredi, les manifestations et les bruits distrayants forts dans un rayon de 50 mètres de n'importe quelle porte de l'édifice de l'Est, de l'édifice du Centre et de l'édifice de l'Ouest de la Colline parlementaire. Quiconque contrevient aux dispositions applicables de la Loi commet une infraction punissable, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, d'une amende n'excédant pas 400 dollars.

10.1 (1) Sous réserve du paragraphe (2), il est interdit à quiconque de s'adonner, dans un rayon de 50 mètres d'une porte de l'édifice de l'Est, de l'édifice du Centre et de l'édifice de l'Ouest de la Colline parlementaire, aux actes suivants, du lundi au vendredi, à l'exception des jours fériés:

- a) produire des bruits distrayants forts;
- b) manifester, seul ou avec d'autres personnes, en portant ou non une pancarte, ou participer à une manifestation;

(c) distributing any literature or document.

(2) Subsection (1) does not apply in respect of the central sidewalk on Parliament Hill or to the east and west lawns immediately adjacent to the central sidewalk.

11. (1) Every person who contravenes any provision of section 2, 3, 4, 5, 7 or 10.1 is guilty of an offence punishable on summary conviction and is liable to a fine not exceeding \$400.

(2) Any person who fails to forthwith remove his personal property from and quit a public work after receiving a notice referred to in subsection 8(1) or who resumes an activity in respect of which he has received a notice referred to in subsection 8(1) or (2) is guilty of an offence punishable on summary conviction and is liable to a fine not exceeding \$400.

Plaintiff alleges in his second amended statement of claim that shortly after his arrest, the defendant Potvin was directed to refrain from enforcing the order in council.

In his conclusions, plaintiff claims:

(a) As against the Queen and Attorney General, for breach of constitutional rights, breach of statutory duty, abuse of process, wrongful arrest, false imprisonment, and malicious prosecution:

i) a declaration that the Public [Works] Nuisances Regulations, C.R.C. c. 1365, paragraph 9 is of no force and effect in that it contravenes section 2 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms;

ii) general damages in the amount of \$49,000.00;

iii) punitive or exemplary damages in an amount deemed appropriate by this Honourable Court;

(iv) special damages in an amount to be determined;

(v) pre- and post-judgment interest on the above claim for damages;

(vi) costs of this action;

(vii) such further and other relief as this Honourable Court may deem just.

(b) As against the Defendants Inkster and Potvin, for breach of constitutional rights, wrongful arrest, abuse of process and breach of statutory duty, malicious prosecution:

(i) general damages in the amount of \$49,000.00;

(ii) punitive or exemplary damages in an amount deemed appropriate by this Honourable Court;

(iii) special damages in an amount to be determined;

(iv) pre- and post-judgment interest on the above claim for damages;

(v) costs of this action;

(vi) such further and other relief as this Honourable Court may deem just.

c) distribuer toute publication ou tout document.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas au trottoir central de la Colline parlementaire ni aux parterres est et ouest adjacents à ce trottoir central.

11. (1) Quiconque contrevient aux articles 2, 3, 4, 5, 7 ou 10.1 commet une infraction et encourt, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, une amende maximale de 400 \$.

(2) Quiconque omet d'enlever ses effets personnels et de quitter un ouvrage public immédiatement après avoir reçu l'avis mentionné au paragraphe 8(1) ou reprend l'activité faisant l'objet de l'avis mentionné aux paragraphes 8(1) ou (2) commet une infraction et encourt, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, une amende maximale de 400 \$.

Le demandeur prétend dans sa deuxième déclaration modifiée que peu de temps après son arrestation, le défendeur Potvin a reçu l'ordre de ne pas exécuter le décret en conseil.

Le demandeur conclut aux réparations suivantes:

[TRADUCTION] (a) Contre la Reine et le procureur général, pour atteinte à des droits constitutionnels, manquement à une obligation légale, emploi illégitime des procédures, arrestation illégale, séquestration et poursuite malveillante:

(i) jugement déclarant que le Règlement concernant les actes nuisibles sur des ouvrages publics, C.R.C., chap. 1365, paragraphe 9, est nul et non avenu du fait qu'il va à l'encontre de l'article 2 de la Charte canadienne des droits et libertés;

(ii) dommages-intérêts généraux d'un montant de 49 000 \$;

(iii) dommages-intérêts punitifs ou exemplaires d'un montant que la Cour jugera indiqué;

(iv) dommages-intérêts spéciaux d'un montant à déterminer;

(v) intérêts courus avant et après jugement sur le montant des dommages-intérêts ci-dessus;

(vi) dépens de l'action;

(vii) toute autre réparation que la Cour estimera juste.

(b) Contre les défendeurs Inkster et Potvin, pour atteinte à des droits constitutionnels, arrestation illégale, emploi abusif des procédures et manquement à une obligation légale, poursuite malveillante:

(i) dommages-intérêts généraux d'un montant de 49 000 \$;

(ii) dommages-intérêts punitifs ou exemplaires d'un montant que la Cour jugera indiqué;

(iii) dommages-intérêts spéciaux d'un montant à déterminer;

(iv) intérêts courus avant et après jugement sur le montant des dommages-intérêts ci-dessus;

(v) dépens de l'action;

(vi) toute autre réparation que la Cour estimera juste.

(c) As against the Defendants Mulrone, Andre and Lewis for breach of constitutional rights, breach of statutory duty and abuse of process:

- i) general damages in the amount of \$49,000.00;
- ii) punitive or exemplary damages in an amount deemed appropriate by this Honourable Court; ^a
- iii) special damages in an amount to be determined;
- (iv) pre- and post-judgment interest on the above claim for damages; ^b
- (v) costs of this action;
- (vi) such further and other relief as this Honourable Court may deem just.

Counsel for Inkster, Potvin, the Queen and the Attorney General makes the following submissions:

(a) Norman Inkster—Commissioner of the RCMP—directing mind behind arrest of plaintiff ^d

It appears that Inkster is being sued because of his position as Commissioner of the RCMP. She submits that the Chief or Commissioner of a police force is not, at common law, vicariously responsible for the acts of members of that police force. It is submitted that such liability arises from statute only as section 24 of the Ontario *Police Act*, R.S.O. 1980, c. 381. Counsel's submission is that there is no comparable provision in the *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C., 1985, c. R-10 as amended. ^e

(b) André Potvin—arresting officer and the swearing of the information against plaintiff ^g

It appears that Potvin is being sued for wrongful arrest, malicious prosecution and the related tort of false imprisonment. These are torts recognized at common law. There being no federal law with respect to any of these torts, the Federal Court lacks jurisdiction against individual servants of the Crown. ^h

The defendants claim that, in any event, the second amended statement of claim fails to plead any material facts which would give rise to an action in any one of these three torts. ^j

(c) Contre les défendeurs Mulrone, Andre et Lewis, pour atteinte à des droits constitutionnels, manquement à une obligation légale et emploi abusif des procédures:

- (i) dommages-intérêts généraux d'un montant de 49 000 \$;
- (ii) dommages-intérêts punitifs ou exemplaires d'un montant que la Cour jugera indiqué;
- (iii) dommages-intérêts spéciaux d'un montant à déterminer;
- (iv) intérêts courus avant et après jugement sur le montant des dommages-intérêts ci-dessus;
- (v) dépens de l'action;
- (vi) toute autre réparation que la Cour estimera juste.

L'avocate représentant Inkster, Potvin, la Reine et le procureur général fait valoir les arguments suivants:

(a) Norman Inkster, commissaire de la GRC, le cerveau derrière l'arrestation du demandeur ^d

Il appert que Inkster est poursuivi en sa qualité de commissaire de la GRC. En common law, le chef ou commissaire d'un service de police n'est pas responsable du fait des agents de ce service de police. Pareille responsabilité n'est prévue que par un seul texte de loi, l'article 24 de la *Loi sur la police* de l'Ontario, L.R.O. 1980, chap. 381. Aucune disposition comparable ne se trouve dans la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), chap. R-10, modifiée. ^e

(b) André Potvin, agent chargé de l'arrestation du demandeur et du dépôt de la dénonciation sous serment contre celui-ci ^g

Il appert que Potvin est poursuivi pour arrestation illégale, poursuite malveillante et délit civil connexe de séquestration, autant de délits civils reconnus en common law. Attendu que ces délits civils ne sont prévus dans aucune loi fédérale, la Cour fédérale n'a pas compétence pour connaître des actions en la matière, intentées à titre individuel contre des préposés de la Couronne. ⁱ

Les défendeurs soutiennent que de toute façon, la deuxième déclaration modifiée ne fait valoir aucun fait matériel qui pourrait donner lieu à une action portant sur l'un ou l'autre de ces trois délits civils. ^j

(c) Attorney General of Canada and Her Majesty the Queen

It is submitted that, even though the Federal Court of Canada does have the jurisdiction to entertain a claim seeking a declaration that the amendments to the *Public Works Nuisances Regulations* contravene various sections of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] the statement of claim does not sufficiently plead facts upon which the cause of action is based nor does it sufficiently state what cause of action is being advanced to allow the defendants to answer or to allow the Court to regulate the action.

Counsel further submits that the Federal Court does not have jurisdiction to hear a claim against the Attorney General in her personal capacity. If the plaintiff intends to sue the Attorney General in her official capacity, then it is redundant and confusing to add the Attorney General as a separate party; it is sufficient to sue Her Majesty the Queen.

The Crown is liable for the torts of her servants by virtue of section 3 of the *Crown Liability Act*, R.S.C., 1985, c. C-50, as amended. However, the Crown is only liable if the servant himself could, apart from the provisions of the *Crown Liability Act*, be found liable. It is submitted that the statement of claim fails to sufficiently delineate what torts are alleged to have been committed and by whom.

Counsel for Mulroney, Andre and Lewis make the following submissions:

(a) Jurisdiction of the Federal Court

It is submitted that since the plaintiff's claims against the defendants are framed in tort, that the law on which these claims are based is not a "law of Canada" within the meaning of section 101 of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]], such that the Federal Court has no jurisdiction in respect of these claims.

(c) Le procureur général du Canada et Sa Majesté la Reine

Les défendeurs soutiennent que, si la Cour fédérale a effectivement compétence pour connaître d'une action en jugement déclarant que les modifications apportées au *Règlement concernant les actes nuisibles sur des ouvrages publics* vont à l'encontre de divers articles de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] la déclaration ne présente pas un exposé suffisant des faits sur lesquels se fonde la cause d'action ni n'indique avec suffisamment de précision quelle cause d'action est invoquée, afin que les défendeurs puissent y répondre et que la Cour puisse se prononcer sur l'action.

Par ailleurs, la Cour fédérale n'a pas compétence pour connaître d'une action intentée à titre individuel contre le procureur général. Si le demandeur entend poursuivre le procureur général en sa qualité officielle, de citer cette dernière comme partie distincte est redondant et ne sert qu'à embrouiller les choses, car il suffirait de poursuivre Sa Majesté la Reine.

Selon l'article 3 de la *Loi sur la responsabilité de l'État*, L.R.C. (1985), chap. C-50, modifiée, la Couronne répond des délits civils commis par ses préposés, mais dans le cas seulement où leur responsabilité pourrait être constatée indépendamment des dispositions de cette Loi. Les défendeurs soutiennent que la déclaration n'explique pas suffisamment quels délits civils ont été commis et par qui ils ont été commis.

L'avocat représentant Mulroney, Andre et Lewis présente les arguments suivants:

(a) Compétence de la Cour fédérale

Puisque les chefs de demande portés contre les défendeurs invoquent des délits civils et que les principes juridiques sur lesquels ils sont fondés ne sont pas des «lois du Canada» au sens de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]], la Cour fédérale n'a pas compétence en la matière.

i. Abuse of process

An action for abuse of process is maintainable against a party who attempts to use the processes of the Court for an improper purpose and who commits a definite act or threat in furtherance of such a purpose. The gist of this tort lies in the misuse of process, no matter how properly obtained, for any purpose other than that it was designed to serve. The personal liability, if any, of Mulroney, Andre and Lewis for the tort of abuse of process allegedly committed by them arises under the common law. That liability does not arise under the "laws of Canada" or under "federal law". This liability arises irrespective of the capacity in which they were acting at the time the tort was allegedly committed. This is so even if the plaintiff's claim involves the application or construction of a federal statute. The plaintiff's claim against Mulroney, Andre and Lewis does not flow from the *Public Works Nuisances Regulations* themselves, but from tort law i.e. the general principles of common law. It is therefore submitted that the Federal Court lacks jurisdiction to entertain the claim against these defendants.

ii. Breach of statutory duty

The plaintiff has not pleaded the statute or statutory duty which he maintains has been breached. The Federal Court does not have jurisdiction to entertain plaintiff's claim for damages against Mulroney, Andre and Lewis for "breach of statutory duty". There is no nominate tort in Canada of breach of statutory duty.

iii. Breach of constitutional rights

It is submitted that the provisions of the Charter upon which the plaintiff's claim is founded are not "laws of Canada" within the meaning of section 101 of the *Constitution Act, 1867*, such that the Federal Court lacks jurisdiction to entertain this claim.

(b) No reasonable cause of action

i. Abuse of process

There is no allegation that these defendants misused the legal process in any way or took any steps to do so. There is no suggestion that the defendants

i. Emploi abusif des procédures

L'action en emploi abusif des procédures peut être intentée contre une partie qui tente d'user des procédures de la Cour dans un dessein illégitime, lequel se traduit par un acte ou une menace déterminée. Ce délit réside essentiellement dans l'abus des procédures, peu importe qu'elles aient été régulièrement engagées, à une fin autre que celles pour lesquelles elles ont été prévues. La responsabilité personnelle, si responsabilité il y a, de Mulroney, Andre et Lewis, à l'égard du délit civil d'emploi abusif des procédures qui leur est reproché, a sa source dans la common law. Cette responsabilité n'a pas sa source dans les «lois du Canada» ou dans le «droit fédéral». Elle se produit quelle que soit leur qualité au moment où le délit civil aurait été commis. Il en est ainsi même si les chefs de demande portent sur l'application ou l'interprétation d'une loi fédérale. L'action du demandeur contre Mulroney, Andre et Lewis ne découle pas du *Règlement concernant les actes nuisibles sur des ouvrages publics* lui-même, mais du droit des délits civils, c'est-à-dire des principes généraux de common law. Il s'ensuit que la Cour fédérale n'a pas compétence pour connaître de l'action contre ces défendeurs.

ii. Manquement à une obligation légale

Le demandeur ne dit pas quelle loi ou obligation légale a été enfreinte en l'espèce. La Cour fédérale n'a pas compétence pour connaître de l'action en dommages-intérêts du demandeur contre Mulroney, Andre et Lewis pour cause de «manquement à une obligation légale». Le délit civil de manquement à une obligation légale, tel qu'il est invoqué, est inconnu au Canada.

iii. Atteinte à des droits constitutionnels

Les dispositions de la Charte invoquées à l'appui de l'action du demandeur ne sont pas des «lois du Canada» au sens de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ce qui fait que la Cour fédérale n'a pas compétence en la matière.

(b) Absence de cause raisonnable d'action

i. Emploi abusif des procédures

Il n'est dit nulle part que ces défendeurs ont abusé ou tenté d'abuser des procédures légales de quelque façon que ce soit. Le demandeur ne prétend pas que

Mulroney, Andre and Lewis played any part in the arrest, imprisonment or prosecution of the plaintiff. The plaintiff simply alleges that Mulroney, Andre and Lewis were members of the Federal Cabinet at the time the amendment was passed. There is no suggestion in the second amended statement of claim that Mulroney, Andre or Lewis played any role in developing, sponsoring or promulgating the amendment to the Regulations, or in causing the amendment to be passed by Cabinet.

ii. Breach of constitutional rights

There is no allegation that these defendants infringed the plaintiff's constitutional rights. There is no basis in law upon which these defendants could be held personally responsible for the actions of bodies of which they are a part (i.e. Cabinet).

According to counsel, the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C., 1985, Appendix III] does not confer upon an individual a cause of action in damages.

Plaintiff Glen Kealey

The submissions of counsel for the plaintiff may be summarized as follows: provided that the pleadings disclose a cause of action founded in law, novelty of the cause of action is of no concern. Counsel submits that the causes of action claimed are founded in law. The threshold for allowing a motion to strike is very high; there must be no scintilla of a cause of action for a court to strike a claim without leave to amend.

The causes of action claimed to be founded in law are:

- (a) Breach of statutory duty—abuse of process
- (b) Wrongful or false arrest
- (c) False imprisonment
- (d) Malicious prosecution.

With regard to the issue of jurisdiction, counsel for plaintiff submits that a claim will only be struck where it is plain and obvious the claim cannot suc-

les défendeurs Mulroney, Andre et Lewis aient joué quelque rôle que ce soit dans son arrestation, sa détention ou la poursuite engagée contre lui, mais fait valoir simplement qu'ils faisaient partie du Cabinet fédéral lors de l'adoption des modifications apportées au Règlement. Il n'est dit nulle part dans la deuxième déclaration modifiée que Mulroney, Andre et Lewis ont joué quelque rôle que ce soit dans la formulation, la promotion ou la promulgation des modifications apportées au Règlement, ou dans le fait que le Cabinet a adopté ces dernières.

ii. Atteinte à des droits constitutionnels

Il n'est dit nulle part que ces défendeurs ont porté atteinte aux droits constitutionnels du demandeur. Il n'existe aucune règle de droit par application de laquelle ces défendeurs pourraient être tenus responsables des actions des organismes dont ils font partie (c'est-à-dire le Cabinet).

La *Déclaration canadienne des droits* [L.R.C. (1985), appendice III] ne prévoit pas la possibilité pour un individu de faire valoir une cause d'action en dommages-intérêts.

L'argumentation du demandeur Glen Kealey

L'argumentation de l'avocat du demandeur peut se résumer comme suit: pourvu que les plaidoiries fassent ressortir une cause d'action fondée en droit, la nouveauté de cette cause d'action ne présente aucune importance. Les causes d'action invoquées en l'espèce sont fondées en droit. Le critère par lequel la Cour peut faire droit à une requête en radiation est très rigoureux; ce n'est qu'en cas d'absence totale de cause d'action que la Cour radie une demande sans accorder l'autorisation de la modifier.

Les causes d'action que le demandeur prétend fondées en droit en l'espèce sont les suivantes:

- (a) Manquement à une obligation légale—emploi abusif des procédures
- (b) Arrestation illégale ou arbitraire
- (c) Séquestration
- (d) Poursuite malveillante.

En ce qui concerne la question de compétence, l'avocat de demandeur soutient qu'une demande n'est radiée que s'il est évident qu'elle achoppera

ceed on that basis. Counsel submits the Federal Court, Trial Division has concurrent jurisdiction in proceedings in which relief is sought against any person for anything done or omitted to be done in the performance of his duties as an officer or servant of the Crown (*Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7], paragraph 17(5)(b)). Counsel argues that the definition of “servant” found in the *Crown Liability Act*, paragraph 3(a)* and other federal legislation covers all defendants. Counsel further argues that where a federal law impinges to such an extent that it is essential to the disposition of the case, a “detailed statutory framework” is created. Where that statute is federal, the Federal Court of Canada has jurisdiction over the action. The “detailed statutory framework” is the source of the plaintiff’s right to sue. Where a right to sue is not explicitly provided for within a federal statute, but the subject-matter is so integrally connected to the matter over which the Federal Court has jurisdiction, the law is within the jurisdiction of the Federal Court.

Plaintiff’s counsel submits that the “existing and applicable Federal law” required may be federal common law. He also cites a case in which he states that the *Public Works Nuisances Regulations* have previously been accepted within the jurisdiction of the Federal Court (*Weisfeld v. Canada*, [1990] 1 F.C. 367 (T.D.)).

Jurisdiction

I am satisfied that the Federal Court of Canada has jurisdiction over the Queen as defendant in this action and over the matters raised in general terms; a challenge to the legitimacy of the application of a

* Editor’s note: Section 2 and paragraph 3(a) of the *Crown Liability Act* provide:

2. In this Act,

“servant” includes agent, but does not include any person appointed or employed by or under the authority of an ordinance of the Yukon Territory or the Northwest Territories;

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

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

inévitablement sur cette question. La Section de première instance de la Cour fédérale, fait-il valoir, a compétence concurrente dans les actions en réparation intentées contre un fonctionnaire ou préposé de la Couronne pour des faits—actes ou omissions—survenus dans le cadre de ses fonctions (*Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7], alinéa 17(5)(b)). Or la définition de «préposé» qui se trouve dans la *Loi sur la responsabilité de l’État*, alinéa 3a)* et dans d’autres lois fédérales embrasse tous les défendeurs en l’espèce. Lorsque les répercussions d’une loi fédérale sont telles qu’elle est indispensable pour la solution d’une affaire, il y a création d’un «cadre législatif détaillé». Lorsque cette loi est une loi fédérale, la Cour fédérale du Canada a compétence en la matière. Ce «cadre législatif détaillé» est la source du droit d’action du demandeur. Dans le cas où le droit d’action n’est pas expressément prévu par une loi fédérale, mais où l’objet en est intimement lié à la question relevant de la compétence de la Cour fédérale, celle-ci a compétence.

L’avocat du demandeur soutient que le «droit fédéral en vigueur» dont l’existence est requise peut être la common law fédérale. Il cite un précédent qui, dit-il, a reconnu la compétence de la Cour fédérale à l’égard du *Règlement concernant les actes nuisibles sur des ouvrages publics* (*Weisfeld c. Canada*, [1990] 1 C.F. 367 (1^{re} inst.)).

Compétence

Je conclus que la Cour fédérale du Canada a compétence à l’égard de la Reine en sa qualité de défenderesse dans cette action, et sur les points litigieux invoqués en termes généraux, savoir la contestation

* Note de l’arrêtiste: L’article 2 et le paragraphe 3a) de la *Loi sur la responsabilité de l’État* portent:

2. Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

«préposés» Sont assimilés aux préposés les mandataires. La présente définition exclut les personnes nommées ou engagées sous le régime d’une ordonnance du territoire du Yukon ou des Territoires du Nord-Ouest.

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

a) les délits civils commis par ses préposés; . . .

section of the *Public Works Nuisances Regulations*. I am also satisfied that the Federal Court of Canada does not have jurisdiction over the other defendants named, that is, Inkster, Potvin, Mulroney, Andre, Lewis, and the Attorney General in this case. I am also satisfied that plaintiff's claims for damages for breach of statutory duty and breach of constitutional right must be struck out.

The case of *Weisfeld v. Canada (supra)* ensures that the Federal Court, Trial Division has jurisdiction over the matter raised in the case before me. Between 1983 and 1985, Mr. Weisfeld established a peace camp on Parliament Hill to protest the Canadian Government's cruise missile policy. In 1985, the RCMP removed Mr. Weisfeld's peace camp from Parliament Hill in accordance with subsection 6(2) [as enacted by SOR/85-370, s. 1] of the *Public Works Nuisances Regulations*. The Court heard the case on the merits. Although the Court's jurisdiction was not challenged, I am satisfied that the Federal Court had jurisdiction as the *Public Works Nuisances Regulations* is a federal law which is essential to the disposition of the case.

The Federal Court can assert jurisdiction over claims if three essential conditions are met. These conditions were enunciated by Mr. Justice McIntyre in the case of *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752, at page 766:

... the essential requirements to support a finding of jurisdiction in the Federal Court were established. They are:

1. There must be a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament.
2. There must be an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction.
3. The law on which the case is based must be "a law of Canada" as the phrase is used in s. 101 of the *Constitution Act, 1867*.

It thus becomes necessary to apply the above three-part test to each defendant or group of defendants.

de la légitimité de l'application d'un article du *Règlement concernant les actes nuisibles sur des ouvrages publics*. Je conclus aussi que la Cour fédérale du Canada n'a pas compétence à l'égard des autres défendeurs cités en l'espèce, savoir Inkster, Potvin, Mulroney, Andre, Lewis et le procureur général. Je conclus par ailleurs que les conclusions du demandeur aux dommages-intérêts pour manquement à une obligation légale et atteinte à des droits constitutionnels ne sont pas recevables.

La décision *Weisfeld c. Canada* (précitée) confirme la compétence de la Section de première instance de la Cour fédérale sur l'affaire en instance. Entre 1983 et 1985, M. Weisfeld dressa un camp de la paix sur la Colline parlementaire pour protester contre la politique du gouvernement canadien en matière de missiles de croisière. En 1985, la GRC débarrassa la Colline parlementaire du camp de la paix de M. Weisfeld conformément au paragraphe 6(2) [édicte par DORS/85-370, art. 1] du *Règlement concernant les actes nuisibles sur des ouvrages publics*. L'affaire fut jugée au fond. Bien que la compétence de la Cour ne fût pas contestée dans cette affaire, je suis convaincu que la Cour fédérale avait compétence, le *Règlement concernant les actes nuisibles sur des ouvrages publics* étant une loi fédérale essentielle pour la solution de l'affaire.

La Cour fédérale peut exercer sa compétence lorsque trois conditions essentielles sont réunies. Ces conditions ont été définies par le juge McIntyre dans l'affaire *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752, à la page 766:

... on a établi les conditions essentielles pour pouvoir conclure à la compétence de la Cour fédérale. Ces conditions sont les suivantes:

1. Il doit y avoir attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral.
2. Il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l'attribution légale de compétence.
3. La loi invoquée dans l'affaire doit être «une loi du Canada» au sens où cette expression est employée à l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Il faut donc appliquer le triple critère ci-dessus à chacun des défendeurs ou groupes de défendeurs en l'espèce.

(a) There must be a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament.

The Queen

Subsection 17(1) and paragraph 17(5)(b) of the *Federal Court Act* and paragraph 3(a) of the *Crown Liability Act* form a “statutory grant of jurisdiction” of the Federal Court over “the Crown” (Her Majesty the Queen) and against any of the defendants who were acting as “an officer or servant of the Crown”.

Federal Court Act

17. (1) The Trial Division has original jurisdiction in all cases where relief is claimed against the Crown

(5) The Trial Division has concurrent original jurisdiction

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

Crown Liability Act

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

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

I am therefore satisfied that there exists a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament over the Crown (Queen). I am satisfied that the Queen (Crown) may be liable in tort if a servant of the Crown committed a tort by virtue of section 3 of the *Crown Liability Act*. I am also satisfied that the Federal Court has jurisdiction over the Queen even if, in a given case, it does not have jurisdiction over the Queen’s servants who committed the tort.

Counsel for plaintiff submits that the definition of “servant” found in the *Crown Liability Act* covers all the defendants. With respect, I do not agree with the submission. Counsel submits as authority for this submission the *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C., 1985, c. R-10, sections 1, 3, 5 [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 2] and 53 [as am. *idem*, s. 22]; the cases of *Pacific Western Airlines Ltd. v. R.*, [1979] 2 F.C. 476 (T.D.), affirmed [1980]

(a) Il doit y avoir attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral.

La Reine

Le paragraphe 17(1) et l’alinéa 17(5)(b) de la *Loi sur la Cour fédérale* ainsi que l’alinéa 3a) de la *Loi sur la responsabilité de l’État* constituent une «attribution légale de compétence» à la Cour fédérale à l’égard de «la Couronne» (Sa Majesté la Reine) et de tous les défendeurs qui agissaient en qualité de «fonctionnaire ou préposé de la Couronne».

Loi sur la Cour fédérale

17. (1) La Section de première instance connaît, en première instance, de tous les cas de demande de réparation contre la Couronne

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

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

Loi sur la responsabilité de l’État

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

a) les délits civils commis par ses préposés; . . .

Je conclus par conséquent qu’il y a en l’espèce attribution, par une loi du Parlement fédéral, de compétence à l’égard de la Couronne (la Reine). Je conclus que la Reine peut être tenue responsable si un préposé de la Couronne commet un délit civil au sens de l’article 3 de la *Loi sur la responsabilité de l’État*. Je conclus aussi que la Cour fédérale a compétence à l’égard de la Reine même si, dans un cas donné, elle n’a pas compétence sur les préposés de la Reine qui ont commis le délit civil.

Le demandeur soutient que la définition de «préposé» figurant dans la *Loi sur la responsabilité de l’État* embrasse tous les défendeurs. Je ne saurais accueillir cet argument, à l’appui duquel l’avocat du demandeur a cité la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), chap. R-10, articles 1, 3, 5 [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), chap. 8, art. 2] et 53 [mod., *idem*, art. 22]; les décisions *Pacific Western Airlines Ltd. c. R.*, [1979] 2 C.F. 476 (1^{re} inst.)

1 F.C. 86 (C.A.) and *Stephens v. R.* (1982), 26 C.P.C. 1 (F.C.A.) and Peter Hogg, *The Liability of the Crown*, 2nd ed. Carswell, Toronto, 1989, at pages 141-142. In *Pacific Western Airlines Ltd. v. R.*, Mr. Justice Collier held that the Federal Court only had jurisdiction over the Queen, and that it did not have jurisdiction over claims in negligence and/or breach of contract against, *inter alia*, the Minister of Transport and “senior or responsible employees of the Department of Transport”. However, in *obiter*, Mr. Justice Collier referred to the Minister of Transport and the “senior or responsible employees of the Department of Transport” as “servants of the Crown”. Counsel for plaintiff would argue, by analogy that Lewis, Andre and Mulroney who are also ministers are therefore servants of the Crown. I am satisfied that the *Pacific Western Airlines* case is of no benefit to plaintiff. I believe the same applies with regard to the *Stephens* case (*supra*).

confirmée [1980] 1 C.F. 86 (C.A.), et *Stephens c. R.* (1982), 26 C.P.C. 1 (C.A.F.), ainsi que Peter Hogg, *The Liability of the Crown*, 2^e éd. Carswell, Toronto, 1989, aux pages 141 et 142. Dans *Pacific Western Airlines Ltd. c. R.*, le juge Collier a conclu que la Cour fédérale n’avait compétence qu’à l’égard de la Reine, mais ne pouvait connaître des actions en faute ou en inexécution de contrat notamment contre le ministre des Transports et «certains hauts fonctionnaires du ministère des Transports». Dans une observation incidente cependant, le juge Collier voyait dans le ministre des Transports et «certains hauts fonctionnaires du ministère des Transports» des «préposés de la Couronne». L’avocat du demandeur semble soutenir par analogie que Lewis, Andre et Mulroney, qui sont aussi ministres, sont de ce fait des préposés de la Couronne. Je conclus que l’affaire *Pacific Western Airlines* n’est d’aucun secours pour le demandeur, et estime qu’il en est de même du précédent *Stephens* (précité).

(b) There must be an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction

(b) Il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l’attribution légale de compétence

Plaintiff’s position appears to be that the *Public Works Act* and the *Public Works Nuisances Regulations* form the “existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction”. I am satisfied that the *Public Works Act* and the *Public Works Nuisances Regulations* are essential to the disposition of this case because to deal with the claims of wrongful arrest and false imprisonment it will be important to determine whether the arresting officer acted in accordance with the Regulations. Neither the *Public Works Act* nor the *Public Works Nuisances Regulations* set out precise procedures for the charging of people under them, nor do they set out procedures for dealing with complaints by people so charged. The *Public Works Act* and the *Public Works Nuisances Regulations* do not contain a “detailed statutory framework” as was the case in *Rhine v. The Queen; Prytula v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 442 cited by counsel for plaintiff.

Selon le demandeur, la *Loi sur les travaux publics* et le *Règlement concernant les actes nuisibles sur des ouvrages publics* constituent «l’ensemble de règles de droit fédérales qui est essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l’attribution légale de compétence». Je conclus que la *Loi sur les travaux publics* et le *Règlement concernant les actes nuisibles sur des ouvrages publics* sont essentiels pour la solution de l’espèce, attendu que pour instruire les chefs d’arrestation illégale et de séquestration, il faut examiner si l’agent chargé de l’arrestation a agi conformément au Règlement. Ni la *Loi sur les travaux publics* ni le *Règlement concernant les actes nuisibles sur des ouvrages publics* ne fixe la procédure pénale contre les personnes poursuivies sous leur régime, ni la procédure d’instruction des plaintes émanant de ces mêmes personnes. Ni la *Loi sur les travaux publics* ni le *Règlement concernant les actes nuisibles sur des ouvrages publics* n’offre un «cadre législatif détaillé» comme c’était le cas dans *Rhine c. La Reine; Prytula c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 442, cité par l’avocat du demandeur.

In the *Rhine v. The Queen; Prytula v. The Queen* (*supra*) case, the Federal Court of Canada was held to have jurisdiction over questions involving the repayment of money advanced under the *Prairie Grain Advance Payments Act*, R.S.C. 1970, c. P-18 and the *Canada Student Loans Act*, R.S.C. 1970, c. S-17. Both these enactments contain “detailed statutory frameworks” for the making of advances or loans to persons and the recovery of them. Thus an action to recover such moneys is not merely a provincial common law action in contract, but is firmly grounded in the applicable federal statute. There is no comparable relevant statutory framework in the case at bar.

(c) The law on which the case is based must be “a law of Canada” as the phrase is used in section 101 of the Constitution Act, 1867

The second and third elements of the *ITO* case (*supra*) overlap. In *Kigowa v. Canada*, [1990] 1 F.C. 804 (C.A.), Mr. Justice Mahoney suggests that in cases such as *Rhine* (*supra*) where the third element of the *ITO* test is supplied by a comprehensive statutory framework, that statutory framework may also be taken as “the existing federal law which nourishes the statutory grant (of jurisdiction)”, that is, it may also meet the second element of the test.

As I have stated, I am satisfied that the *Public Works Act* and the *Public Works Nuisances Regulations* are not a “detailed statutory framework” comparable to the statutory frameworks in *Rhine & Prytula* (*supra*). However, the third part of the *ITO* test in the present case can be met by the body of federal tort law on which many of the causes of action is based. The causes of action raised by the plaintiff are (1) breach of constitutional rights (2) breach of statutory duty, (3) abuse of process, (4) wrongful arrest, (5) false imprisonment and (6) malicious prosecution.

The last four causes of action, abuse of process, wrongful arrest, false imprisonment and malicious prosecution are all recognized as torts which are part

Dans l’arrêt *Rhine c. La Reine; Prytula c. La Reine* (précité), il a été jugé que la Cour fédérale du Canada avait compétence sur les questions relatives au remboursement des fonds avancés en vertu de la *Loi sur les paiements anticipés pour le grain des Prairies*, S.R.C. 1970, chap. P-18, et la *Loi canadienne sur les prêts aux étudiants*, S.R.C. 1970, chap. S-17. Ces deux lois comportent l’une et l’autre un «cadre législatif détaillé» pour l’octroi d’avances ou de prêts à certaines personnes et le recouvrement de ces avances et prêts. Il s’ensuit qu’une action en recouvrement de ces fonds n’est pas simplement une action contractuelle de common law provinciale, mais a bien sa source dans une loi fédérale. Il n’y a aucun cadre législatif comparable en l’espèce.

(c) La loi invoquée dans l’affaire doit être «une loi du Canada» au sens de l’article 101 de la Loi constitutionnelle de 1867

Il y a chevauchement entre les deuxième et troisième éléments du critère établi par l’arrêt *ITO* (précité). Dans *Kigowa c. Canada*, [1990] 1 C.F. 804 (C.A.), le juge Mahoney conclut que dans les cas comme *Rhine* (précité) où la troisième condition définie par *ITO* est respectée par la présence d’un cadre législatif détaillé, celui-ci peut être considéré comme «l’ensemble de règles de droit fédérales qui constitue le fondement de l’attribution légale de compétence», c’est-à-dire qu’il correspond aussi au deuxième élément du critère.

Comme indiqué plus haut, je conclus que la *Loi sur les travaux publics* et le *Règlement concernant les actes nuisibles sur des ouvrages publics* ne présentent pas un «cadre législatif détaillé» comparable à celui relevé dans *Rhine & Prytula* (précité). Cependant, la troisième condition du critère établi par *ITO* peut être satisfaite en l’espèce par le corpus de droit fédéral en matière de responsabilité délictuelle civile, sur lequel sont fondées un grand nombre des causes d’action. Celles qu’invoque le demandeur sont (1) atteinte à des droits constitutionnels, (2) manquement à une obligation légale, (3) emploi abusif des procédures, (4) arrestation illégale, (5) séquestration et (6) poursuite malveillante.

Les quatre dernières causes d’action, savoir emploi abusif des procédures, arrestation illégale, séquestration et poursuite malveillante, sont toutes des délits

of the federal common law. The case of *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322 is authority for the proposition that federal common law is sufficient to meet the third part of the *ITO* test. In the case of *McNamara Construction (Western) Ltd. et al. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654, at page 659, Laskin C.J. stated, referring to the *Quebec North Shore Paper Co. et al. v. Canadian Pacific Ltd. et al.* [1977] 2 S.C.R. 1054 case that the third part of the *ITO* test could be met as long as the action was founded “on some existing federal law, whether statute or regulation or common law”.

In the *Quebec North Shore Paper Company* case, this Court observed, referring to this provision, that the Crown in right of Canada in seeking to bring persons in the Exchequer Court as defendants must have founded its action on some existing federal law, whether statute or regulation or common law. [Underlining added.]

In *Roberts v. Canada (supra)* Wilson J. (at page 339) reiterates that Laskin C.J. must have meant that federal common law was capable of meeting the third part of the *ITO* test.

Breach of constitutional rights

I agree with the submission of counsel for Mulrooney, Andre and Lewis that the provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* upon which the plaintiff bases his claim are not “laws of Canada” within the meaning of section 101 of the *Constitution Act, 1867*, and therefore the Charter will not suffice to meet the third part of the *ITO* test (see *Kigowa v. Canada (supra)* at page 811; *Southam Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1990] 3 F.C. 465 (C.A.)). In that I am satisfied that the third part of the *ITO* test is met by federal tort law, the Federal Court would have jurisdiction over the Charter issues as these Charter issues would be part of the same matter. Support for this proposition is to be found in the case of *Lagiorgia v. The Queen*, [1985] 1 F.C. 438 (T.D.) where the Federal Court dealt with challenges brought under section 8 and subsection 24(1) of the Charter in relation to the administration of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63]. Although the issue of jurisdiction was not raised in the case, *Lagiorgia (supra)* shows by example that where the

civils reconnus en common law fédérale. L’arrêt *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322 pose pour principe que la common law fédérale est suffisante pour satisfaire à la troisième condition du critère établi par l’arrêt *ITO*. Dans *McNamara Construction (Western) Ltd. et autre c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654, à la page 659, le juge en chef Laskin, citant l’arrêt *Quebec North Shore Paper Co. et autre c. Canadien Pacifique Ltée et autre*, [1977] 2 R.C.S. 1054, a conclu que la troisième condition du critère établi par *ITO* pouvait être satisfaite si l’action était fondée sur «la législation fédérale applicable, que ce soit une loi, un règlement ou la *common law*».

c Dans l’arrêt *Quebec North Shore Paper Company*, cette Cour a souligné au sujet de cette disposition que pour traduire des personnes devant la Cour de l’Échiquier, la Couronne du chef du Canada doit au préalable établir que son action relève de la législation fédérale applicable, que ce soit une loi, un règlement ou la *common law*. [Soulignements ajoutés.]

Dans l’arrêt *Roberts c. Canada* (précité), Mme le juge Wilson (à la page 339) rappelle que ce qu’a voulu dire le juge en chef Laskin, c’était que la *common law* fédérale pouvait satisfaire à la troisième condition du critère établi par *ITO*.

Atteinte à des droits constitutionnels

f Je conviens avec l’avocat représentant Mulrooney, Andre et Lewis que les dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* qu’invoque le demandeur ne sont pas des «lois du Canada» au sens de l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et que par conséquent, la Charte ne suffit pas à elle seule à satisfaire à la troisième condition du critère *ITO* (voir *Kigowa c. Canada* (précité), à la page 811; *Southam Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1990] 3 C.F. 465 (C.A.)). Puisque je conclus que la troisième condition du critère *ITO* est satisfaite par application de la *common law* fédérale, la Cour fédérale aurait compétence sur les questions touchant la Charte dans la mesure où elles relèvent de la même matière. On peut trouver confirmation de ce principe dans la décision *Lagiorgia c. La Reine*, [1985] 1 C.F. 438 (1^{re} inst.), par laquelle la Cour fédérale s’est prononcée sur une contestation fondée sur l’article 8 et le paragraphe 24(1) de la Charte dans une affaire d’application de la *Loi de l’impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, chap. 63]. Bien qu’il n’y fût pas question

ITO test is met, the Federal Court will have jurisdiction to deal with Charter issues.

de compétence, la décision *Lagiorgia* (précité) montre, par l'exemple, que dans les cas où le critère *ITO* est observé, la Cour fédérale a compétence pour connaître des litiges touchant la Charte.

Breach of statutory duty

There is no nominate tort of breach of statutory duty (*R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205). Therefore, the Federal Court will not have jurisdiction to hear plaintiff's claim for damages based on breach of statutory duty. The cases cited by counsel for plaintiff, *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121 and *Gershman v. Manitoba Vegetable Producers' Marketing Board* (1976), 69 D.L.R. (3d) 114 (Man. C.A.) involve gross and wilful misconduct by public officials and goes beyond breach of statutory duty as discussed in the *Saskatchewan Wheat Pool* case (*supra*).

Manquement à une obligation légale

Il n'existe aucun délit civil connu sous le nom de manquement à une obligation légale (*R. du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205). La Cour fédérale n'a donc pas compétence pour connaître de l'action du demandeur en dommages-intérêts pour manquement à une obligation légale. Les précédents cités par l'avocat du demandeur, *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, et *Gershman v. Manitoba Vegetable Producers' Marketing Board* (1976), 69 D.L.R. (3d) 114 (C.A. Man.), portent sur la faute grossière et intentionnelle de fonctionnaires publics et dépassent le manquement à une obligation légale, tel qu'il a été analysé dans l'arrêt *Saskatchewan Wheat Pool* (précité).

The Attorney General of Canada

According to subsection 23(2) of the *Crown Liability Act*, the Attorney General of Canada will usually be a named defendant in proceedings against the Crown in the provincial courts. The *Crown Liability Act* appears to be silent on the question of whether the Attorney General of Canada is a proper defendant in the Federal Court.

Le procureur général du Canada

Selon le paragraphe 23(2) de la *Loi sur la responsabilité de l'État*, les poursuites visant l'État peuvent être intentées devant les juridictions provinciales contre le procureur général du Canada. Cette Loi reste muette sur la question de savoir si ces actions peuvent être intentées contre le procureur général du Canada devant la Cour fédérale.

I am satisfied that if it is not the intention to sue the Attorney General personally, then it is redundant to include the Attorney General of Canada as a party; it is sufficient to name Her Majesty the Queen as defendant. In the case of *Crown Trust Co. v. Ontario* (1988), 64 O.R. (2d) 774 (H.C.), Henry J. of the Ontario High Court noted that it was "simply confusing" to have both the Attorney General of Ontario and the Queen in Right of Ontario as defendants in an action for declaratory relief on a constitutional point. Accordingly, Henry J. struck out The Queen from the list of defendants.

Je conclus que si le demandeur n'entend pas poursuivre le procureur général à titre personnel, il est redondant de le joindre à l'action; il suffit de citer Sa Majesté la Reine comme partie défenderesse. Dans *Crown Trust Co. v. Ontario* (1988), 64 O.R. (2d) 774 (H.C.), le juge Henry de la Haute Cour de l'Ontario fait observer que [TRADUCTION] «cela ne fait qu'embrouiller les choses» de citer à la fois le procureur général de l'Ontario et la Reine du chef de cette province dans une action en jugement déclaratoire sur une question d'ordre constitutionnel. En conséquence, il a radié la Reine de la liste des parties défenderesses.

RCMP Commissioner Inkster and RCMP Member Potvin

These two defendants meet part one of the *ITO* test by virtue of the interaction of paragraph 17(5)(b) of the *Federal Court Act* and sections 5 [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 2] and 53 [rep. *idem*, s. 22] (section 53 is soon to be repealed)* of the *Royal Canadian Mounted Police Act*. Section 53 of the *Royal Canadian Mounted Police Act* provides that a member of the RCMP is a servant of the Crown.

53. For the purpose of determining liability in any action or other proceeding by or against Her Majesty, a person who was at any time a member shall be deemed to have been at such time a servant of the Crown.

The reading together of sections 3, 5 and 6 of the *Royal Canadian Mounted Police Act* indicates that a Commissioner is a "member" of the RCMP. Thus, both Inkster and Potvin are servants of the Crown. As stated, paragraph 17(5)(b) of the *Federal Court Act* provides that the Federal Court has jurisdiction over servants of the Crown. The two RCMP members thus meet part one of the *ITO* test. This is confirmed in the case of *Bradasch v. Warren et al.* (1989), 27 F.T.R. 70 (F.C.T.D.), result affirmed [1990] 3 F.C. 32 (C.A.).

According to the case of *Bosada v. R.*, [1979] 2 F.C. 335 (T.D.) and *Bradasch v. Warren et al.* (*supra*), the *Royal Canadian Mounted Police Act* does not constitute "existing federal law" as required under part two of the *ITO* test. In *Bradasch (supra)*, the Federal Court of Appeal held that, while the "authority, duties and powers" of the *Royal Canadian Mounted Police Act* may form the basis of a defence to the causes of action raised, the torts of assault and battery and wrongful imprisonment, the cause of action itself did not depend on the *Royal Canadian Mounted Police Act*.

I am satisfied, in light of *Bosada v. R.* (*supra*) and *Bradasch v. Warren et al.* (*supra*) that the Federal Court of Canada does not have jurisdiction over Ink-

* Editor's note: Section 53 was repealed by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, section 22, in force June 30, 1988.

Le commissaire de la GRC Inkster et l'agent de la GRC Potvin

Ces deux défendeurs remplissent la première condition du critère *ITO* par l'effet conjugué de l'alinéa 17(5)b) de la *Loi sur la Cour fédérale* et des articles 5 [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), chap. 8, art. 2] et 53 [abrogé, *idem*, art. 22] (cet article 53 sera abrogé sous peu)* de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*. Cette dernière disposition prévoit que les membres de la GRC sont des préposés de la Couronne.

53. En ce qui concerne la responsabilité dans toute action ou autre procédure où Sa Majesté est partie, les membres sont réputés être des préposés de la Couronne.

Il ressort d'un rapprochement des articles 3, 5 et 6 de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* que le commissaire est un «membre». Il s'ensuit que Inkster et Potvin sont tous deux des préposés de la Couronne. Comme indiqué plus haut, l'alinéa 17(5)b) de la *Loi sur la Cour fédérale* prévoit la compétence de cette Cour sur les préposés de la Couronne. Les deux membres de la GRC répondent donc à la première condition du critère *ITO*. Cette conclusion est corroborée par la décision *Bradasch c. Warren et autres* (1989), 27 F.T.R. 70 (C.F. 1^{re} inst.), confirmée [1990] 3 C.F. 32 (C.A.).

Selon les décisions *Bosada c. R.*, [1979] 2 C.F. 335 (1^{re} inst.), et *Bradasch c. Warren et autres* (précitée), la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* ne constitue pas «l'ensemble de règles de droit fédérales» qui est la deuxième condition du critère *ITO*. Dans l'arrêt *Bradasch* (précité), la Cour d'appel fédérale a jugé que, bien que les «obligations et pouvoirs» prévus à la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* puissent former un motif de défense contre les causes d'action invoquées, savoir les délits civils de voies de fait, d'actes de violence et d'emprisonnement illégal, la cause d'action elle-même ne dépendait pas de cette Loi.

Je conclus, à la lumière des arrêts *Bosada c. R.* (précité) et *Bradasch c. Warren et autres* (précité), que la Cour fédérale n'a pas compétence en l'espèce

* Note de l'arrêstiste: L'article 53 a été abrogé par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), chap. 8, article 22, en vigueur le 30 juin 1988.

ster and Potvin. In that the Crown is liable for torts committed by Crown employees (such as RCMP officers) and the Federal Court of Canada does, in this case, have jurisdiction over the Queen, such individuals, Inkster and Potvin, need not be impleaded personally in tort actions.

Mulroney, Andre and Lewis

The Federal Court of Canada does not have jurisdiction over the claims against these three defendants by virtue of *Southam Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1990] 3 F.C. 465 (C.A.). In this case, Chief Justice Iacobucci (as he then was) stated that the Federal Court had no jurisdiction over the Senate, the House of Commons or House of Commons or Senate Committees. These bodies could not be considered “federal boards, commissions or other tribunals” under section 18 of the *Federal Court Act* as they are a level above, being intended to “give birth” to “federal boards, commissions or other tribunals”.

The Chief Justice at page 480 states:

However, even if I am wrong in interpreting section 18 of the *Constitution Act, 1867* as conferring the privileges, immunities and powers on the Senate, I do not see how the Senate or one of its committees can be treated as a “federal board, commission or tribunal” by the plain meaning of those words in section 18 of the *Federal Court Act*. The Senate, as one of the Houses of Parliament provided for in section 17 of the *Constitution Act, 1867*, is a body that, with the House of Commons, is an essential part of the process that gives birth to federal boards, commissions or tribunals, and as such the Senate simply is not on the same level as those entities.

Furthermore, if Parliament had intended to confer upon the Federal Court of Canada supervisory judicial review jurisdiction over the House of Commons, the Senate or their committees, this would have been expressly stated in the *Federal Court Act*.

Do the pleadings disclose a reasonable cause of action?—Rule 419(1)(a)

Before a statement of claim is to be struck out under Rule 419, the statement of claim must be construed as generously as possible. The case of *Crown*

à l'égard d'Inkster et de Potvin. Attendu que la Couronne est responsable des délits civils commis par ses employés (comme les membres de la GRC) et que la Cour fédérale a effectivement compétence en l'espèce à l'égard de la Reine, il n'est pas nécessaire d'impliquer ces deux personnes, Inkster et Potvin, à titre personnel dans les actions en responsabilité délictuelle civile.

^b Mulroney, Andre et Lewis

La Cour fédérale n'a pas compétence pour connaître des chefs de demande portés contre ces trois défendeurs, à la lumière de l'arrêt *Southam Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1990] 3 C.F. 465 (C.A.). Par cet arrêt, le juge en chef Iacobucci (tel était son titre à l'époque) a décidé que la Cour fédérale n'avait pas compétence à l'égard du Sénat, de la Chambre des communes ou de leurs comités respectifs. Ces organes ne pouvaient être considérés comme des «offices fédéraux» visés à l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, attendu qu'ils se trouvaient au niveau supérieur et présidaient à la «création des offices fédéraux».

Le juge en chef s'est prononcé en ces termes, à la page 480:

Quoi qu'il en soit, même si je commets une erreur en concluant que l'article 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867* est attributif de privilèges, d'immunités et de pouvoirs au Sénat, je ne vois pas comment le Sénat ou l'un de ses comités peut être considéré comme un «office fédéral» selon le sens ordinaire des mots utilisés à l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Le Sénat, qui est l'une des chambres du Parlement mentionnées à l'article 17 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, est un organe qui, avec la Chambre des communes, fait partie intégrante du processus de création des offices fédéraux et, à ce titre, il n'est tout simplement pas au même niveau que ces entités.

^h D'ailleurs, si le législateur avait voulu investir la Cour fédérale du Canada du pouvoir de contrôle judiciaire sur la Chambre des communes, sur le Sénat ou sur leurs comités, il l'aurait expressément indiqué dans la *Loi sur la Cour fédérale*.

Les plaidoiries révèlent-elles une cause raisonnable d'action?—Règle 419(1)a)

^j Avant qu'une déclaration puisse être radiée en application de la Règle 419, il faut qu'elle soit interprétée de façon aussi libérale que possible. La déci-

Trust Co. v. Ontario (1988), 64 O.R. (2d) 774, at page 777 gives the following principles re: the striking out of a statement of claim:

- (a) all allegations of fact in the statement of claim, unless patently ridiculous or incapable of proof, must be assumed to be proven, and
- (b) the moving parties [for the motion to strike], in order to succeed, must show that it is plain, obvious and beyond doubt that the plaintiffs could not succeed: *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441 at pp. 449, 475 to 479, 18 D.L.R. (4th) 481, 13 C.R.R. 287.

Because I have decided that the Federal Court does not have jurisdiction over the defendants, with the exception of Her Majesty the Queen, I must now only decide if the statement of claim discloses a reasonable cause of action as it relates to Her Majesty the Queen. The plaintiff may well be able to succeed on his claim for wrongful or false arrest and/or false imprisonment. I am satisfied that the statement of claim, which allegations for these purposes are deemed to be true, establishes that Kealey was in fact arrested and/or imprisoned, that the arrest and/or the imprisonment was caused by the defendant and that plaintiff now states that he suffered special damages which damages plaintiff will have to prove at a trial.

Plaintiff may have a claim against Her Majesty the Queen for malicious prosecution. This is a matter that is to be determined at a trial. I am satisfied that the plaintiff has no other reasonable cause of action, neither for breach of constitutional rights nor for breach of authority, abuse of process.

Conclusion

The Federal Court of Canada has jurisdiction over the matter in issue but the following defendants are struck from the statement of claim:

- (a) The Attorney General
- (b) Norman Inkster
- (c) André Potvin
- (d) Brian Mulroney
- (e) Harvie Andre
- (f) Doug Lewis

The claim by the plaintiff for breach of statutory duty—abuse of process is to be struck from the statement of claim.

Trust Co. v. Ontario (1988), 64 O.R. (2d) 774, à la page 777, pose les principes suivants en la matière:

- [TRADUCTION] a) toutes les allégations de fait de la déclaration doivent être présumées prouvées, à moins qu'elles ne soient manifestement ridicules ou impossibles à prouver;
- b) pour avoir gain de cause, les parties requérantes doivent démontrer qu'il est visible, manifeste et indubitable que les demandeurs ne pourraient faire valoir leurs conclusions: *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441 aux pages 449, 475 à 479, 18 D.L.R. (4th) 481, 13 C.R.R. 287.

Ayant conclu que la Cour fédérale n'a pas compétence à l'égard des défendeurs à l'exception de Sa Majesté la Reine, je dois maintenant décider si la déclaration révèle une cause raisonnable d'action à l'égard de celle-ci. Le demandeur pourrait fort bien établir son action en arrestation illégale ou arbitraire et en séquestration. Je conclus que la déclaration, dont les allégations à cet effet sont réputées véridiques, établit que Kealey a été effectivement arrêté et/ou détenu d'ordre de la défenderesse, et que le demandeur prétend maintenant qu'il a subi un préjudice spécial, lequel préjudice doit être prouvé au procès.

Il se peut que le demandeur puisse établir la poursuite malveillante contre Sa Majesté la Reine. Il s'agit là d'une question qui doit être décidée au procès. Je conclus que le demandeur n'a pas d'autres causes raisonnables d'action, qu'il s'agisse d'atteinte à ses droits constitutionnels, de manquement à une obligation légale ou d'emploi abusif des procédures.

Décision

La Cour fédérale a compétence sur le litige en l'espèce, mais les défendeurs suivants sont radiés de la déclaration:

- a) Le procureur général du Canada
- b) Norman Inkster
- c) André Potvin
- d) Brian Mulroney
- e) Harvie Andre
- f) Doug Lewis

Les chefs de manquement à une obligation légale et d'emploi abusif des procédures seront radiés de la déclaration.

The plaintiff is to file, within 30 days from today's date, an amended statement of claim in accordance with these reasons.

With regard to the issue of costs:

(a) in relation to the motion to strike on behalf of Her Majesty the Queen, the Attorney General, Norman Inkster and André Potvin, there is to be no award as to costs as the motion was allowed on behalf of the Attorney General, Inkster and Potvin but not allowed as regards Her Majesty; and

(b) costs are to be granted to the defendants Mulroney, Andre and Lewis. These costs are fixed at the total sum of \$500.

Therefore, pursuant to paragraph 337(2)(b) of the *Federal Court Rules*, counsel for defendants are directed to prepare a draft of the formal order and to submit the same to counsel for the plaintiff for approval as to its form and then to me for review and if accepted, for entry.

Le demandeur doit déposer dans les 30 jours une déclaration modifiée conformément aux présents motifs.

En ce qui concerne les dépens:

(a) ne sont pas accordés les dépens relatifs à la requête en radiation introduite pour le compte de Sa Majesté la Reine, du procureur général, de Norman Inkster et d'André Potvin, attendu que la requête a été accueillie à l'égard du procureur général, d'Inkster et de Potvin, mais non à l'égard de Sa Majesté la Reine; et

(b) les défendeurs Mulroney, Andre et Lewis ont droit à leurs dépens, d'un total de 500 \$.

En conséquence, conformément à l'alinéa 337(2)b) des *Règles de la Cour fédérale*, instruction est donnée par les présentes aux avocats des défendeurs de préparer un projet de dispositif de l'ordonnance qu'ils soumettront à l'approbation de l'avocat du demandeur, puis à moi-même pour acceptation et, si le projet est accepté, pour enregistrement.

T-1751-91

T-1751-91

George Hack (*Applicant*)**George Hack** (*requérant*)

v.

c.

The Deputy Minister of Employment and Immigration (*Respondent*)**Sous-ministre de l'Emploi et de l'Immigration** (*intimé*)*INDEXED AS: HACK v. CANADA (DEPUTY MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T.D.)**RÉPERTORIÉ: HACK c. CANADA (SOUS-MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)*

Trial Division, Joyal J.—Ottawa, August 20 and November 1, 1991.

Section de première instance, juge Joyal—Ottawa, 20 août et 1^{er} novembre 1991.

Public Service — Termination of employment — Probation — Employee on eligibility list following competition — Department asking employee to accept acting position until indeterminate position available — Employee relocating — In acting position one year — Appointed to indeterminate position — Rejected on probation eleven months later — Whether acting assignment "appointment" within Public Service Employment Act, s. 28 — Existence of appointment determined by objective situation, not stated intention of Department — Indeterminate position arising out of original appointment to acting position — Probationary period running from acting appointment.

Fonction publique — Fin d'emploi — Stage — Employé inscrit sur une liste d'admissibilité à la suite d'un concours — Le Ministère a demandé à l'employé d'accepter un poste intérimaire jusqu'à ce qu'un poste doté pour une période indéterminée devienne vacant — L'employé s'est réinstallé — Il a occupé le poste intérimaire pendant une année — Il a ensuite été nommé à un poste doté pour une période indéterminée — Il a été renvoyé en cours de stage onze mois plus tard — Il s'agit de savoir si une affectation intérimaire constitue une « nomination » au sens de l'art. 28 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique — L'existence d'une nomination dépend de la situation objective et non de l'intention déclarée du Ministère — Le poste doté pour une période indéterminée découle d'une nomination initiale à un poste intérimaire — La période de stage commence à courir à compter de la date de la nomination au poste intérimaire.

This was a section 18 application for *certiorari* to quash the respondent's decision rejecting the applicant employee on probation.

Il s'agit d'une requête fondée sur l'article 18 en vue d'obtenir un bref de *certiorari* annulant la décision par laquelle l'intimé a renvoyé le requérant en cours de stage.

The applicant participated, in early 1989, in a competition for two senior policy analyst (ES-5) positions in the Labour Market Policy Analysis Division (LMPAD) of Employment and Immigration Canada. He was then in an ES-4 position, having been promoted once since starting with the Department in 1983. He was found to be qualified, but two candidates placed ahead of him, so his name was entered on the eligibility list for similar positions. In April, 1989, the manager who had chaired the selection board called to say he had an urgent need for a senior policy analyst, and offered the employee a job at the ES-5 level. No indeterminate positions were available at that level, so the employee was appointed to an ES-4 position and, simultaneously, made an acting ES-5. This was done on the understanding that the situation would be regularized when an ES-5 position became available. The applicant's spouse quit her job in Halifax, they sold their house and moved to Ottawa.

Le requérant a participé, au début de 1989, à un concours concernant deux postes d'analyste principal de la politique (ES-5) qui étaient offerts à la Division de l'analyse de la politique relative au marché du travail (DAPMT) d'Emploi et Immigration Canada. Il occupait alors un poste de niveau ES-4, ayant été promu une fois depuis son entrée en fonction au Ministère en 1983. Il a été jugé qualifié, mais deux candidats se sont classés devant lui, de sorte que son nom a été inscrit sur une liste d'admissibilité pour des postes semblables. En avril 1989, le gestionnaire qui avait présidé le jury de sélection a appelé l'employé pour lui dire qu'il avait besoin immédiatement d'un analyste principal de la politique et pour offrir à l'employé un poste de niveau ES-5. Comme il n'y avait pas de poste vacant doté pour une période indéterminée à ce niveau, l'employé a été nommé à un poste de niveau ES-4 et a été simultanément nommé à un poste de niveau ES-5 à titre intérimaire. Il a été convenu que la situation serait régularisée dès qu'un poste de niveau ES-5 deviendrait vacant. L'épouse du requérant a quitté son emploi à Halifax et ils ont tous les deux vendu leur maison et déménagé à Ottawa.

The employee remained in the acting assignment for a year, during which time the personnel section twice extended the appointment, with different position numbers. The employee

L'affectation intérimaire de l'employé a duré une année, au cours de laquelle la section du personnel a prorogé à deux reprises la nomination avec des numéros de postes différents.

was unaware of these arrangements. His work went on unchanged. In June, 1990, an indeterminate position at the ES-5 level became available, and the applicant was appointed to it on 28 June, 1990. The letter of appointment recited that the position was subject to a probationary period. On 18 June, 1991, the Assistant Deputy Minister purported to reject the employee while on probation.

Held, the application should be allowed.

The question whether an appointment has taken place is determined by looking at the objective facts. If the acts necessary for an appointment are done, the employee cannot be denied the rights attaching to his position because the Department states it did not intend that an appointment take place. An assignment to an acting position is an appointment, while the person is employed in it, for the purpose of calculating the probationary period. Here, the original appointment on 12 June 1989 triggered the probationary period provided for by section 28 of the Act. The appointment to the indeterminate position was just the crystallization of the arrangement originally agreed to.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.

Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, ss. 17, 21, 22, 28.

Public Service Employment Regulations, C.R.C., c. 1337, ss. 25 (as am. by SOR/81-716, s. 2; SOR/86-286, s. 1; SOR/89-443), 28 (as am. by SOR/82-812, s. 6), 31, Schedule A (as am. by SOR/78-166, s. 1; SOR/79-14, s. 3; SOR/80-613, ss. 4, 5; SOR/83-354, s. 1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Doré v. Canada, [1987] 2 S.C.R. 503; (1987), 45 D.L.R. (4th) 135; 29 Admin. L.R. 81; 87 CLLC 14,056; 81 N.R. 77; *Lucas v. Canada (Public Service Commission Appeal Board)*, [1987] 3 F.C. 354; (1987), 40 D.L.R. (4th) 365; 80 N.R. 109 (C.A.).

DISTINGUISHED:

Desrochers v. The Queen, [1976] 2 F.C. 679 (T.D.).

CONSIDERED:

R. v. Gowers, [1980] 2 F.C. 503; (1979), 34 N.R. 337 (C.A.).

REFERRED TO:

Murray v. Government of Canada (1983), 47 N.R. 299 (F.C.A.).

L'employé n'était pas au courant de ces arrangements. Ses fonctions sont demeurées les mêmes. En juin 1990, un poste doté pour une période indéterminée de niveau ES-5 est devenu vacant et le requérant a été nommé à ce poste le 28 juin 1990. La lettre de nomination portait que le poste était assujéti à une période de stage. Le 18 juin 1991, le sous-ministre adjoint a prétendu renvoyer le requérant en cours de stage.

Jugement: la requête devrait être accueillie.

Pour répondre à la question de savoir si une nomination a eu lieu, il faut examiner les faits bruts. Si les actes nécessaires à l'existence d'une nomination sont accomplis, le bénéficiaire de la nomination ne peut alors se voir frustré des droits qu'il a acquis par suite de cette nomination du fait que le Ministère déclare qu'il n'a jamais eu l'intention qu'une nomination ait lieu. Pour le calcul de la période de stage, une affectation à un poste intérimaire constitue une nomination tant que la personne occupe ce poste. En l'espèce, la nomination initiale du 12 juin 1989 a commencé à faire courir la période de stage prévue à l'article 28 de la Loi. La nomination à un poste doté pour une période indéterminée ne constituait que la matérialisation de l'entente initialement conclue.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18.

Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), chap. P-33, art. 17, 21, 22, 28.

Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique, C.R.C., chap. 1337, art. 25 (mod. par DORS/81-716, art. 2; DORS/86-286, art. 1; DORS/89-443), 28 (mod. par DORS/82-812, art. 6), 31, annexe A (mod. par DORS/78-166, art. 1; DORS/79-14, art. 3; DORS/80-613, art. 4, 5; DORS/83-354, art. 1).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Doré c. Canada, [1987] 2 R.C.S. 503; (1987), 45 D.L.R. (4th) 135; 29 Admin. L.R. 81; 87 CLLC 14,056; 81 N.R. 77; *Lucas c. Canada (Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique)*, [1987] 3 C.F. 354; (1987), 40 D.L.R. (4th) 365; 80 N.R. 109 (C.A.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Desrochers c. La Reine, [1976] 2 C.F. 679 (1^{re} inst.).

DÉCISION EXAMINÉE:

R. c. Gowers, [1980] 2 C.F. 503; (1979), 34 N.R. 337 (C.A.).

DÉCISION CITÉE:

Murray c. Gouvernement du Canada (1983), 47 N.R. 299 (C.A.F.).

COUNSEL:

Dougald E. Brown for applicant.
Geoffrey S. Lester for respondent.

SOLICITORS:

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

The following are the reasons for order rendered in English by

JOYAL J.: The applicant seeks from this Court a writ of *certiorari* pursuant to section 18 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (as amended) quashing the decision of the Deputy Minister of Employment and Immigration to reject the applicant on probation effective July 19, 1991.

FACTS

The applicant, Mr. Hack, began his employment with the federal public service in 1983. He was initially appointed to a position with Employment and Immigration Canada (hereinafter CEIC) in Halifax at the ES-3 level. In or around 1985, Mr. Hack was appointed to the ES-4 level. At the end of January or beginning of February 1989, while Mr. Hack was employed in Halifax, he participated in an open competition for two ES-5 Senior Policy Analyst positions. The positions were in Ottawa with the Labour Market Policy Analysis Division, Employment and Immigration Analysis Directorate, Policy and Program Analysis Branch, Employment and Immigration Canada (hereinafter LMPAD).

Approximately thirteen applicants participated in the competition. Of the thirteen or so applicants only four were found to be qualified. Mr. Hack was of that group placing third in the competition. The individuals placing first and second in the competition were appointed to the positions being staffed. The applicant was informed that his name would remain at the top of the eligibility list for future positions.

Sometime around April of 1989, Mr. Hack was contacted by the Acting Chief of LMPAD, Mr. Ging Wong. Mr. Wong had been Chairperson of the Selec-

AVOCATS:

Dougald E. Brown pour le requérant.
Geoffrey S. Lester pour l'intimé.

^a PROCUREURS:

Nelligan/Power, Ottawa, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

LE JUGE JOYAL: Le requérant demande à la Cour de délivrer en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7 (modifiée), un bref de *certiorari* annulant la décision par laquelle le sous-ministre de l'Emploi et de l'Immigration a renvoyé le requérant en cours de stage à compter du 19 juillet 1991.

LES FAITS

Le requérant, M. Hack, a commencé à travailler au sein de la fonction publique fédérale en 1983. Il a d'abord été nommé à un poste de niveau ES-3 à Emploi et Immigration Canada (ci-après appelé CEIC) à Halifax. Vers 1985, M. Hack a été nommé au niveau ES-4. À la fin de janvier ou au début de février 1989, alors qu'il travaillait à Halifax, M. Hack a participé à un concours public concernant deux postes d'analyste principal de la politique de niveau ES-5. Les postes étaient offerts à Ottawa à la Division de l'analyse de la politique relative au marché du travail, Direction de l'analyse de l'emploi et de l'immigration, Direction générale de l'analyse de la politique et des programmes, Emploi et Immigration Canada (ci-après appelée DAPMT).

^h Environ treize candidats ont participé à ce concours. Sur les treize candidats, seulement quatre ont été jugés qualifiés. M. Hack faisait partie de ce groupe. Il était arrivé au troisième rang. Les personnes s'étant classées au premier et au second rangs ont été nommées aux postes que l'on dotait. Le requérant a été informé que son nom demeurerait en tête de la liste d'admissibilité pour de futurs postes.

^j Au cours du mois d'avril 1989, le chef intérimaire de la DAPMT, M. Ging Wong, est entré en communication avec M. Hack. M. Wong avait été le prési-

tion Board in the competition for the Senior Policy Analyst positions. Mr. Wong told Mr. Hack that he had been favourably impressed by his qualifications during the competition and advised Mr. Hack that due to the work demands within his Division, he required another ES-5 Senior Policy Analyst to start immediately.

Mr. Wong offered Mr. Hack a job as a Senior Policy Analyst. He explained that he was operating under staffing constraints in that there were no vacant Senior Policy Analyst positions at the ES-5 level, but that a number of ES-5 Senior Policy Analyst positions were encumbered by persons off on assignment who were not expected to return.

Mr. Hack indicated that because of the major implications that a move to Ottawa would have for his family he would not be willing to accept either an appointment at the ES-4 level or an ES-5 term appointment. Mr. Wong decided that due to the urgency for an additional Senior Policy Analyst ES-5, Mr. Hack would be appointed at the ES-5 level. He would be transferred to a vacant ES-4 position in Ottawa and then immediately thereafter be appointed at the ES-5 level on an acting basis.

It was clearly understood that Mr. Hack's appointment at the ES-5 level was made on an acting basis solely as a result of the staffing constraints under which the Directorate was operating at the time. Mr. Hack agreed to this arrangement on the understanding that by doing so he was assisting the Department, and on the understanding that his appointment at the ES-5 level would be regularized as soon as an indeterminate ES-5 level Senior Policy Analyst position became unencumbered. On these terms, Mr. Hack accepted the job as a Senior Policy Analyst ES-5. He then sold his house in Halifax, his wife resigned from her employment and the family made the move to Ottawa.

Mr. Hack was appointed at the ES-4 level effective June 12, 1989, and was simultaneously appointed to position number 2430 at the ES-5 level on an acting basis effective June 12, 1989. Mr. Hack's appoint-

ment du jury de sélection formé pour le concours relatif aux postes d'analyste principal de la politique. M. Wong a dit à M. Hack qu'il avait été favorablement impressionné par ses titres et qualités pendant le concours et il a informé M. Hack qu'en raison des demandes de travail qui existaient au sein de sa division, il avait besoin d'un autre analyste principal de la politique qui entrerait immédiatement en fonction.

M. Wong a offert à M. Hack un emploi comme analyste principal de la politique. Il a expliqué qu'il était soumis à des compressions de personnel en ce qu'il n'y avait pas de poste vacant d'analyste principal de la politique de niveau ES-5, mais que plusieurs postes d'analyste principal de la politique de niveau ES-5 étaient occupés par des personnes en affectation dont on ne prévoyait pas le retour.

M. Hack a déclaré qu'à cause des importantes répercussions qu'un déménagement à Ottawa aurait pour les membres de sa famille, il ne serait pas prêt à accepter une nomination au niveau ES-4 ou une nomination pour une période déterminée au niveau ES-5. M. Wong a décidé que, comme il était urgent de recruter un autre analyste principal de la politique de niveau ES-5, M. Hack serait nommé au niveau ES-5. Il serait muté à un poste vacant de niveau ES-4 à Ottawa et serait immédiatement après désigné à un poste de niveau ES-5 à titre intérimaire.

Il était clairement convenu que la nomination de M. Hack au niveau ES-5 était effectuée à titre intérimaire uniquement par suite des compressions de personnel auxquelles la Direction était soumise à l'époque. M. Hack a accepté cet arrangement à condition qu'il soit entendu que, ce faisant, il dépannait le Ministère et à condition que sa nomination au niveau ES-5 soit régularisée dès qu'un poste doté pour une période indéterminée d'analyste principal de la politique de niveau ES-5 deviendrait vacant. C'est à ces conditions que M. Hack a accepté le poste d'analyste principal de la politique de niveau ES-5. Il a ensuite vendu sa maison de Halifax, sa femme a démissionné de son emploi et la famille a déménagé à Ottawa.

M. Hack a été nommé au niveau ES-4 à compter du 12 juin 1989, et il a été simultanément nommé à titre intérimaire au poste numéro 2430 au niveau ES-5 à compter du 12 juin 1989. La nomination de

ment at the ES-4 level was confirmed by a Request on Staffing Transaction (hereinafter a ROST). There was no ROST completed in relation to Mr. Hack's appointment at the ES-5 level on an acting basis. His acting appointment was given effect by means of a document entitled "Personnel Action Request" (hereinafter PAR).

Mr. Hack's duties as a Senior Policy Analyst ES-5 included the preparation of briefing notes and ministerial correspondence, numerical analysis, reprofiling of data, and the disaggregation and reaggregation of program information and labour market data.

Mr. Hack's acting appointment was extended on December 31, 1989 to March 31, 1990. On April 1, 1990, his appointment was further extended to July 27, 1990. Mr. Hack was not aware of these extensions to his appointment until he later requested an opportunity to review his personnel file. PAR's were used to extend Mr. Hack's acting appointment at the ES-5 level. He was assigned a different position number on each extension to his acting appointment as a Senior Policy Analyst at the ES-5 level. Specifically he filled position numbers 2430, 6581 and 472. All of the positions which Mr. Hack filled during the period of his acting appointment were ES-5 positions within the Department.

In or around February, 1990, Mr. Hack was advised by Mrs. Norine Smith, Director of the Employment and Immigration Directorate, that positions and person-years within the Directorate were being shifted to the Labour Market Studies Division (hereinafter LMSD) and that he would be transferred.

As a result, Mr. Hack's position was moved from the LMPAD into LMSD. His immediate supervisor became the Acting Chief of LMSD. His duties and responsibilities remained, for all intents and purposes, unchanged. In or around June 1990, one of the Senior Policy Analysts who had been appointed in the open competition in 1989 left, leaving a vacant indeterminate Senior Policy Analyst ES-5 position in the Directorate. On June 28, 1990, Mr. Hack was formally appointed on an indeterminate basis at the

M. Hack au niveau ES-4 a été confirmée par un rapport d'opération de dotation (ci-après appelé ROD). Aucun ROD n'a été rempli au sujet de la nomination intérimaire de M. Hack au niveau ES-5. On a donné effet à sa nomination intérimaire au moyen d'un document intitulé «demande de services en personnel» (ci-après appelée DSP).

Les fonctions qu'exerçait M. Hack à titre d'analyste principal de la politique comprenaient la rédaction de notes d'information et de la correspondance du ministre, l'analyse numérique, le remodelage des données et la désagrégation et le rétablissement de l'agrégation de l'information sur les programmes et des données sur le marché du travail.

Le 31 décembre 1989, la nomination intérimaire de M. Hack a été prorogée au 31 mars 1990. Le 1^{er} avril 1990, sa nomination a été de nouveau prorogée au 27 juillet 1990. M. Hack n'a appris que sa nomination avait été ainsi prorogée que lorsqu'il a plus tard demandé qu'on lui donne la possibilité d'examiner son dossier du personnel. On a utilisé des DSP pour proroger la nomination intérimaire de M. Hack au niveau ES-5. On lui a assigné un numéro de poste différent à l'occasion de chaque prorogation de nomination intérimaire à titre d'analyste principal de la politique de niveau ES-5. Il a expressément occupé les postes numéro 2430, 6581 et 472. Tous les postes que M. Hack a occupés au cours de la période de sa nomination intérimaire étaient des postes de niveau ES-5 au sein du Ministère.

Vers le mois de février 1990, M^{me} Norine Smith, la directrice de la Direction de l'analyse de l'emploi et de l'immigration, a informé M. Hack que des postes et des années-personnes de la Direction étaient transférés à la Division des études sur le marché du travail (ci-après appelée la DEXT) et qu'il serait muté.

En conséquence, le poste de M. Hack a été transféré de la DAPMT à la DEXT. Il relevait désormais du chef intérimaire de la DEXT. Ses fonctions sont, à toutes fins utiles, demeurées les mêmes. Vers le mois de juin 1990, l'un des analystes principaux de la politique qui avait été nommé à la suite du concours public organisé en 1989 a quitté son poste, laissant vacant au sein de la Direction un poste doté pour une période indéterminée d'analyste principal de la politique de niveau ES-5. Le 28 juin 1990, M. Hack a été

ES-5 level. His duties remained unchanged, and he continued to report to the Acting Chief of LMSD. This appointment was given effect by means of a PAR and a ROST. The applicant was notified that his appointment was now on an indeterminate basis by letter dated June 28, 1990. The letter also stated that this position was subject to a probationary period. The incumbent acknowledged by his signature the terms and conditions of the appointment.

Less than a year later, namely on June 18, 1991, the Assistant Deputy Minister, Strategic Policy and Planning, Employment and Immigration Canada, purported to reject Mr. Hack on probation from his ES-5 Senior Policy Analyst position, effective July 19, 1991.

It is from that decision that the applicant seeks relief from this Court through an order of *certiorari*.

ISSUES

1. Was Mr. Hack appointed as Senior Policy Analyst ES-5 on June 12, 1989?
2. If so, when did the probationary period lapse?
3. What is the true construction to be given to the appointment of June 28, 1990?
4. Did the Assistant Deputy Minister exceed his jurisdiction in rejecting Mr. Hack on probation effective July 19, 1991?

Public Service Employment Act

Pursuant to section 28 of the Act [R.S.C., 1985, c. P-33], an employee is considered to be on probation from the date of his appointment until the end of such period as the Commission may establish for any employee or class of employees. Section 22 states that this appointment takes effect on the date specified in the instrument of appointment. Finally section 21 provides as follows:

21. (1) Where a person is appointed or is about to be appointed under this Act and the selection of the person for appointment was made from within the Public Service, every unsuccessful candidate, in the case of selection by closed competition, or, in the case of selection without competition, every person whose opportunity for advancement, in the opinion of the Commission, has been prejudicially affected, may, within such period as the Commission prescribes, appeal against the

officiellement nommé pour une période indéterminée au niveau ES-5. Ses fonctions sont demeurées inchangées et il a continué de relever du chef intérimaire de la DEMA. Cette nomination a pris effet au moyen d'une DSP et d'un ROD. Le requérant a été avisé par une lettre datée du 28 juin 1990 que sa nomination était désormais pour une période indéterminée. La lettre portait également que ce poste était assujéti à une période de stage. Le titulaire a accepté, par sa signature, les modalités de la nomination.

Moins d'une année plus tard, le 18 juin 1991, le sous-ministre adjoint, Politique stratégique et planification, Emploi et Immigration Canada, a prétendu renvoyer M. Hack en cours de stage de son poste d'analyste principal de la politique de niveau ES-5 à compter du 19 juillet 1991.

C'est cette décision que le requérant demande à la Cour d'annuler au moyen d'une ordonnance de *certiorari*.

QUESTIONS EN LITIGE

1. M. Hack a-t-il été nommé analyste principal de la politique de niveau ES-5 le 12 juin 1989?
2. Dans l'affirmative, quand le stage a-t-il pris fin?
3. Quelle interprétation faut-il donner à la nomination du 28 juin 1990?
4. Le sous-ministre adjoint a-t-il excédé sa compétence en renvoyant M. Hack en cours de stage à compter du 19 juillet 1991?

Loi sur l'emploi dans la Fonction publique

Aux termes de l'article 28 de la Loi [L.R.C. (1985), chap. P-33], à partir de la date de sa nomination, le fonctionnaire est considéré comme stagiaire durant la période fixée par la Commission pour lui ou la catégorie dont il relève. L'article 22 dispose que cette nomination prend effet à la date fixée dans l'acte de nomination. Finalement, l'article 21 prévoit ce qui suit:

21. (1) Tout candidat non reçu à un concours interne ou, s'il n'y a pas eu concours, toute personne dont les chances d'avancement sont, selon la Commission, amoindries par une nomination interne, déjà effective ou en instance, peut, dans le délai imparti par la Commission, en appeler devant un comité chargé par celle-ci de faire une enquête, au cours de laquelle l'appelant et l'administrateur général en cause, ou leurs représentants, ont l'occasion de se faire entendre.

appointment to a board established by the Commission to conduct an inquiry at which the person appealing and the deputy head concerned, or their representatives, shall be given an opportunity to be heard.

It is essential however that the Regulations be considered carefully as I believe that much of the answers are to be found there. The following provisions of the *Public Service Employment Regulations*, C.R.C., c. 1337 [s. 25 (as am. by SOR/81-716, s. 2; SOR/86-286, s. 1; SOR/89-443), 28 (as am. by SOR/82-812, s. 6)], are relevant to the disposition of the case:

Acting Appointments

25. (1) Subject to subsection (2), where an employee is required by the deputy head to perform for a temporary period the duties of a position having a higher maximum rate of pay (hereinafter referred to as the "higher position") than the maximum rate of pay for the position held by him, the employee shall be considered to have been appointed to the higher position in an acting capacity, and if the higher position is classified in

(a) the occupational category referred to in the *Public Service Staff Relations Act* as the operational category and the temporary period is four months or more,

(b) the occupational category referred to in that Act as the administrative support category and the temporary period is three months or more, or

(c) an occupational category other than an occupational category mentioned in paragraphs (a) and (b) and the temporary period is two months or more,

the employee shall be deemed, for the purposes of sections 10 and 42, to have been appointed to the higher position without competition, effective as of the last day of,

(d) in the case mentioned in paragraph (a), the period of four months,

(e) in the case mentioned in paragraph (b), the period of three months, and

(f) in the case mentioned in paragraph (c), the period of two months

from the day on which he commenced to perform the duties of the higher position.

(2) An appointment to a position in an acting capacity shall not be made for a period of more than 12 months unless authorized by the Commission in any case or class of cases.

Probation

28. (1) The probationary period referred to in subsection 28(1) of the Act for an employee who comes within a class or group of employees mentioned in Column I of the schedule is

a Il est essentiel toutefois d'examiner attentivement le Règlement, car j'estime qu'on y trouve une grande partie des réponses. Les dispositions suivantes du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique*, C.R.C., chap. 1337 [art. 25 (mod. par DORS/81-716, art. 2; DORS/86-286, art. 1; DORS/89-443), 28 (mod. par DORS/82-812, art. 6)] sont utiles à la solution du litige:

Nomination intérimaire

c 25. (1) Sous réserve du paragraphe (2), lorsque le sous-chef demande à un employé de remplir, pendant une période temporaire, les devoirs d'un poste (ci-après appelé le «poste supérieur») qui comporte un traitement maximum supérieur au traitement maximum du poste qu'il occupe, l'employé doit être considéré comme nommé au poste supérieur à titre intérimaire, et si le poste supérieur est classifié dans

d a) la catégorie d'occupations appelée catégorie de l'exploitation dans la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, et si la période temporaire est de quatre mois ou plus,

e b) la catégorie d'occupations appelée catégorie du soutien administratif dans ladite Loi, et si la période temporaire est de trois mois ou plus, ou

f c) une catégorie d'occupations autre qu'une catégorie mentionnée aux alinéas a) et b), et si la période temporaire est de deux mois ou plus,

l'employé est estimé, aux fins des articles 10 et 42, avoir été nommé au poste supérieur sans concours à compter du dernier jour

g d) de la période de quatre mois, dans le cas mentionné à l'alinéa a),

e) de la période de trois mois, dans le cas mentionné à l'alinéa b), et

h f) de la période de deux mois, dans le cas mentionné à l'alinéa c),

ladite période commençant, dans chaque cas, le jour où l'employé a commencé à remplir les devoirs du poste supérieur.

i (2) Une nomination à un poste à titre intérimaire ne doit pas être faite pour une période de plus de 12 mois sans l'autorisation de la Commission dans tout cas ou toute classe de cas.

Stage

j 28. (1) La période de stage mentionnée au paragraphe 28(1) de la Loi pour un employé qui fait partie d'une classe ou d'un groupe d'employés mentionnés à la colonne I de l'annexe est

the period set out opposite that class or group in Column II of the schedule.

(2) The deputy head may extend the probationary period of an employee but the period of extension shall not exceed the period for that employee determined pursuant to subsection (1).

(3) Where the probationary period of an employee is extended, the deputy head shall forthwith advise the employee and the Commission thereof in writing.

31. Notwithstanding anything in these Regulations, where an employee is appointed for a specified period of one year or less,

(a) the probationary period for that employee is the period of employment; and

(b) the notice period referred to in subsection 28(3) of the Act applicable in the case of that employee is 1 day.

In this case the probationary period is twelve months excluding any periods of leave without pay, full time language training or leave with pay in excess of 30 days (see Schedule A to the *Public Service Employment Regulations* [as am. by SOR/78-166, s. 1; SOR/79-14, s. 3; SOR/80-613; ss. 4, 5; SOR/83-354, s. 1]).

APPLICANT'S POSITION

Counsel for the applicant argues that he was appointed to an ES-5 position as of June 12, 1989. This was an acting appointment but nevertheless an appointment within the meaning of the Act. He alleges that the probationary period pursuant to section 28 of the Act started to run from the time of that appointment or more specifically from the date specified in the instrument used to effect the appointment, which, according to the applicant, was by a PAR dated June 12, 1989. This acting appointment was extended on two separate occasions.

In February of 1990, his position was moved to another division but his duties remained unchanged. In June of 1990, as a result of an opening to one of the Senior Policy Analyst positions he was appointed on an indeterminate basis to the ES-5 level. The duties remained unchanged. On June 18, 1991 he was advised that he was rejected on probation effective July 19, 1991.

la période indiquée en regard de cette classe ou de ce groupe dans la colonne II de ladite annexe.

(2) Le sous-chef peut prolonger la période de stage d'un employé mais la période de prolongation ne doit pas dépasser la période déterminée pour cet employé en conformité du paragraphe (1).

(3) Lorsque la période de stage d'un employé est prolongée, le sous-chef doit immédiatement en aviser par écrit l'employé et la Commission.

31. Nonobstant toute disposition contraire du présent règlement, lorsqu'un employé est nommé pour une période spécifiée d'une année ou moins,

a) la période de stage pour cet employé est la période d'emploi; et

b) le délai de préavis, mentionné au paragraphe 28(3) de la Loi, applicable dans le cas de cet employé est d'un jour.

En l'espèce, la période de stage est de douze mois, à l'exclusion des périodes de congé non rémunéré, de formation linguistique à plein temps ou de congés rémunérés de plus de 30 jours (voir l'annexe A du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique* [mod. par DORS/78-166, art. 1; DORS/79-14, art. 3; DORS/80-613, art. 4, 5; DORS/83-354, art. 1]).

THÈSE DU REQUÉRANT

L'avocat du requérant prétend que celui-ci a été nommé à un poste de niveau ES-5 à compter du 12 juin 1989. C'était une nomination intérimaire mais c'était quand même une nomination au sens de la Loi. Il allègue que la période de stage prévue à l'article 28 de la Loi a commencé à courir à partir de la date de cette nomination et plus précisément à partir de la date précisée dans le document utilisé pour donner effet à la nomination c'est-à-dire, selon le requérant, dans une DSP datée du 12 juin 1989. Cette nomination intérimaire a été prorogée à deux reprises.

En février 1990, son poste a été transféré à une autre division mais ses fonctions sont demeurées les mêmes. En juin 1990, par suite de l'ouverture de l'un des postes d'analyste principal de la politique, il a été nommé pour une période indéterminée au niveau ES-5. Les fonctions sont demeurées inchangées. Le 18 juin 1991, il a été informé qu'il était renvoyé en cours de stage à compter du 19 juillet 1991.

His argument is that the decision cannot be upheld as the one-year probationary period had terminated.

RESPONDENT'S POSITION

The respondent states that the question of whether or not an appointment was made must be determined having regard to the intentions of the parties as objectively understood by their actions and statements.

The next step in the respondent's argument is to state that an appointment to an acting position does not provide the incumbent with a right to be appointed permanently to that position. According to the respondent, an acting position does not mature by operation of the law into a permanent appointment.

The respondent further says that two separate appointments were made: the first one effective June 12, 1989 and the second one effective June 28, 1990. This second appointment was also subject to a new twelve month probationary period.

THE LAW GENERALLY

It has been stated many times that the *Public Service Employment Act* does not define the terms "appointment" or "position" although those terms figure prominently in many of its provisions. The Supreme Court of Canada has however, laid down certain principles which guide the courts' approach when dealing with these questions. In *Doré v. Canada*, [1987] 2 S.C.R. 503, Mr. Justice Le Dain stated at page 510:

... but, as I said in the *Brault* appeal, the application of the merit principle and the right of appeal under s. 21 of the *Public Service Employment Act* cannot depend on whether the Department chooses to regard what is done as the creation of a position and an appointment to it within the meaning of the Act. It is what the Department has objectively done as a matter of fact and not what it may have intended or understood it was doing as a matter of law

This principle was also adopted in *Lucas v. Canada (Public Service Commission Appeal Board)*, [1987] 3 F.C. 354 (C.A.). Mr. Justice Heald speaking for a unanimous Court stated at page 362:

Il prétend que cette décision ne peut être confirmée étant donné que la période de stage d'un an avait pris fin.

a THÈSE DE L'INTIMÉ

L'intimé affirme que la question de savoir s'il y a eu ou non nomination doit être tranchée en tenant compte de l'intentions des parties, telle qu'elle ressort objectivement de leurs actes et de leurs déclarations.

L'intimé poursuit son argumentation en affirmant que la nomination à un poste intérimaire ne confère pas au titulaire le droit d'être nommé de façon permanente à ce poste. Suivant l'intimé, un poste intérimaire ne se transforme pas avec le temps en un poste permanent par l'effet de la loi.

L'intimé déclare en outre que deux nominations distinctes ont été effectuées: la première a pris effet le 12 juin 1989 et la seconde, le 28 juin 1990. Cette seconde nomination était également soumise à une nouvelle période de stage de douze mois.

LES RÈGLES DE DROIT EN GÉNÉRAL

Il a été affirmé à plusieurs reprises que la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* ne définit pas les termes «nomination» et «poste», malgré le fait que ces termes occupent une place importante dans bon nombre de ses dispositions. La Cour suprême du Canada a toutefois posé certains principes qui nous guident sur la façon d'aborder ces questions. Dans l'arrêt *Doré c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 503, le juge Le Dain déclare, à la page 510:

... mais, comme je l'ai dit dans l'arrêt *Brault*, l'application du principe du mérite et le droit d'appel que prévoit l'art. 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* ne peuvent dépendre de la question de savoir si le Ministère choisit de considérer ce qui a été fait comme la création d'un poste et une nomination à celui-ci au sens de la Loi. En réalité, c'est ce que le Ministère a objectivement fait et non ce qu'il a, en droit, eu l'intention de faire ou l'interprétation qu'il en avait . . .

Ce principe a également été appliqué dans l'arrêt *Lucas c. Canada (Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique)*, [1987] 3 C.F. 354 (C.A.). Le juge Heald, J.C.A., qui s'exprimait au nom d'une cour unanime, a déclaré, à la page 362:

In my view, in the circumstances of this case, the *Public Service Employment Act* governs and determines the rights of management and of this applicant. Pursuant to that Act, while the Commission makes the appointments to the Public Service, they are made only at the request of the Deputy Head. They must also be made by a process of selection according to merit. This necessarily entails a competition or some other process designed to establish the merit of candidates. Those principles apply equally to an acting appointment as to a permanent one. On this basis, management cannot supersede and subvert the clear intention of Parliament as expressed in the Act by a declaration, as in this case, that it was not "intended" that subject staffing action be construed as an "appointment".

I am satisfied that it was never intended by Parliament that a department of government could, at its will, create and fill positions on an "assignment" basis, thus eliminating the protection afforded by the various provisions of the Act . . .

The respondent argues that the *Lucas, Brault* and *Doré* cases cannot be read as laying down a rule that whether or not there has been an "appointment" must as a matter of law be determined irrespective of the intentions of the parties as objectively understood by their actions and statements.

The respondent also states that all three of those cases deal with an appeal pursuant to section 21 of the Act and that the proposition regarding the approach to be taken when considering whether or not an appointment was made is valid only for the purposes of section 21.

Although the respondent is quite correct in noting that those three cases were dealing with a section 21 appeal, I do not agree that the approach to be taken towards an appointment is limited solely to those cases. I believe that these cases stand for the proposition that when the Court is faced with a question relating to whether or not an appointment took place or whether the appointment is of one kind or another or whether the appointment was on one date or another, the question of intention is irrelevant.

The Supreme Court has stated that the proper approach is to look at the objective facts. The actions taken or statements made by one party or the other are facts to be considered when trying to determine the issue, but the purpose of considering them is not to find out what the parties intended. The Act pro-

À mon avis, dans les circonstances de l'espèce, la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* détermine et régit les droits du gestionnaire et du présent requérant en l'espèce. Selon cette Loi, bien que les nominations à la Fonction publique relèvent de la Commission, elles ne sont faites qu'à la demande du sous-chef, et suivant la méthode de sélection fondée sur le principe du mérite. Ce processus comporte obligatoirement la tenue d'un concours ou le fonctionnement d'un autre mécanisme pour déterminer le mérite des candidats. Ces critères de sélection valent tant pour une nomination intérimaire que permanente. Les gestionnaires ne peuvent donc faire échec à l'intention évidente du législateur comme elle est exprimée dans la Loi en déclarant, comme en l'espèce, que l'opération de dotation dont il est question dans la Loi n'était pas «censée» constituer une «nomination».

J'ai la conviction que le législateur n'a jamais eu l'intention de permettre à un ministère fédéral de créer et de combler des postes, comme bon lui semble, sur la base d'une «affectation» éliminant de la sorte la protection accordée par les diverses dispositions précitées de la Loi . . .

L'intimé soutient qu'on ne peut interpréter les arrêts *Lucas, Brault* et *Doré* comme posant le principe voulant que la question de savoir s'il y a eu ou non une «nomination» doit, en droit, être tranchée sans tenir compte de l'intention des parties telle qu'elle ressort de leurs actes et de leurs déclarations.

L'intimé déclare également que ces trois arrêts portent tous sur un appel interjeté en vertu de l'article 21 de la Loi et que la proposition relative à l'approche à adopter pour savoir si une nomination a été effectuée ou non n'est valable que pour l'application de l'article 21.

Bien que l'intimé ait tout à fait raison de souligner que ces trois arrêts portaient sur un appel fondé sur l'article 21, je ne suis pas d'accord pour dire que l'approche à adopter au sujet d'une nomination ne peut être utilisée que dans ces seuls cas. J'estime que ces arrêts appuient le principe suivant lequel lorsque le tribunal doit répondre à la question de savoir si une nomination a eu lieu ou non ou si la nomination est d'un type ou d'un autre, ou si la nomination a eu lieu à une date ou à une autre, la question de l'intention n'est pas pertinente.

La Cour suprême a affirmé que la bonne façon de s'y prendre consiste à examiner les faits bruts. Les actes accomplis ou les déclarations faites par l'une ou l'autre des parties sont des faits dont il faut tenir compte pour essayer de résoudre la question, mais l'examen de ces questions n'a pas pour but de décou-

vides protection and procedures which cannot hinge on an intention being established. If the acts necessary for there to be an appointment are done, then the appointee cannot be denied the rights which he or she has acquired as a result of such an appointment simply because the Department states that it never intended for an appointment to take place. Similarly, if the facts do not show that an appointment took place then the Court cannot usurp the Administration's duties by deciding otherwise on the basis of the applicant's contention that he or she believed that an appointment took place. Strictly speaking after looking at the facts including what was said and done (if such be in evidence) it may very well be that the true intentions of the parties become clear. However, for the purposes of the issue to be determined, that intention is irrelevant.

ANALYSIS OF THE FACTS

Therefore, I should examine the facts in order to determine: (1) if an appointment took place on June 12, 1989 and (2) if so, what type of appointment was made and what were the probationary terms to which it was subjected? It is worth noting at the outset that most, if not all of these facts, are undisputed.

The first event which in my opinion is of note is the open competition held in January or February of 1989 for two ES-5 Senior Policy Analyst positions. Mr. Hack was considered qualified for the position but placed third in the competition. He was told that his name would remain at the top of the eligibility list for future positions. The placement of Mr. Hack on the eligibility list is consistent with subsection 17(1) of the Act:

17. (1) From among the qualified candidates in a competition the Commission shall select and place the highest ranking candidates on one or more lists, to be known as eligibility lists, as the Commission considers necessary to provide for the filling of a vacancy or anticipated vacancies.

I presume that the Commission considered this placement necessary in order to be able to staff a position which they anticipated would become vacant.

vrir l'intention des parties. La Loi prévoit une protection et une procédure qui ne peuvent dépendre de la démonstration d'une intention. Si les actes nécessaires à l'existence d'une nomination sont accomplis, le bénéficiaire de la nomination ne peut alors se voir frustré des droits qu'il a acquis par suite de cette nomination du seul fait que le Ministère déclare qu'il n'a jamais eu l'intention qu'une nomination ait lieu. De même, si les faits ne démontrent pas qu'une nomination a eu lieu, le tribunal ne peut usurper le rôle de l'Administration en rendant une décision déférente en se fondant sur la prétention du requérant suivant laquelle il croyait qu'une nomination avait eu lieu. Strictement parlant, après examen des faits, y compris de ce qui a été dit et fait (si cela a été mis en preuve), il se peut très bien que les véritables intentions des parties deviennent claires. Cependant, pour résoudre la question en litige, cette intention n'est pas pertinente.

ANALYSE DES FAITS

Je dois donc examiner les faits pour déterminer (1) si une nomination a eu lieu le 12 juin 1989 et (2) dans l'affirmative, quel type de nomination a eu lieu et à quels modalités de stage elle était assujettie. Il vaut la peine de signaler d'entrée de jeu que la plupart, sinon la totalité, des faits ne sont pas contestés.

Le premier événement qu'il convient à mon avis de signaler est le concours public qui s'est tenu en janvier ou en février 1989 pour les deux postes d'analyste principal de la politique de niveau ES-5. M. Hack a été jugé qualifié pour le poste mais est arrivé au troisième rang dans le cadre du concours. On lui a dit que son nom demeurerait en tête de la liste d'admissibilité pour de futurs postes. L'inscription de M. Hack sur la liste d'admissibilité est conforme au paragraphe 17(1) de la Loi:

17. (1) Parmi les candidats qualifiés à un concours, la Commission sélectionne ceux qui occupent les premiers rangs et les inscrits sur une ou plusieurs listes, dites listes d'admissibilité, selon le nombre de vacances auxquelles elle envisage de pourvoir dans l'immédiat ou plus tard.

Je suppose que la Commission a jugé nécessaire de faire cette inscription pour pouvoir doter un poste qui, selon ce qu'elle prévoyait, deviendrait vacant.

A second telling fact is the conversation which took place between Mr. Hack and Mr. Wong around April of 1989. Mr. Wong, who was the Chairperson of the Selection Board, contacted Mr. Hack essentially to offer him a job as Senior Policy Analyst. The reason for this offer was that due to the work demands within his Division, Mr. Wong required another ES-5 Senior Policy Analyst to start immediately. During this conversation Mr. Hack was told that Mr. Wong's Division was operating under staffing constraints in that there were no vacant Senior Policy Analyst positions at the ES-5 level. He was told that a number of ES-5 Senior Policy Analyst positions were encumbered by persons on assignment but that some of those people were not expected to return. Presumably this meant that some persons holding positions as ES-5 Senior Policy Analysts were assigned to other positions and Mr. Wong's Division did not expect them to return to the ES-5 Senior Policy Analyst position.

In answer to this offer Mr. Hack stated his concern with the major implications that a move to Ottawa would have for him and his family and laid down certain conditions which I have already outlined.

It was in order to respond to these conditions that Mr. Hack was transferred to a vacant ES-4 position in Ottawa and immediately thereafter appointed at the ES-5 level on an acting basis. It was clearly understood that Mr. Hack's appointment at the ES-5 level would be made on an acting basis solely as a result of staffing constraints under which the Directorate was operating at the time. Once in that position all efforts would be made to "regularize" the position as indeterminate as soon as possible. On the basis of this proposed arrangement Mr. Hack accepted the position as a Senior Policy Analyst ES-5.

Staffing action was taken effective June 12, 1989 for the ES-4 position and on the same day, Mr. Hack was appointed to position 2430 at the ES-5 level on

Un autre fait révélateur est la conversation qui a eu lieu entre M. Hack et M. Wong vers le mois d'avril 1989. M. Wong, qui était le président du jury de sélection, est entré en communication avec M. Hack essentiellement pour lui offrir un poste d'analyste principal de la politique. Cette offre s'expliquait par les demandes de travail au sein de sa division. M. Wong avait besoin d'un autre analyste principal de la politique pour qu'il entre immédiatement en fonction. Au cours de cette conversation, M. Hack a appris que la division de M. Wong était soumise à des compressions de personnel en ce qu'il n'y avait pas de poste vacant d'analyste principal de la politique de niveau ES-5. On lui a dit que plusieurs postes d'analyste principal de la politique étaient occupés par des personnes en affectation mais que l'on ne prévoyait pas le retour de certaines de ces personnes. Vraisemblablement, cela voulait dire que certaines des personnes qui occupaient des postes d'analyste principal de la politique de niveau ES-5 étaient affectées à d'autres postes et que la division de M. Wong ne s'attendait pas à ce qu'elles reprennent leur poste d'analyste principal de la politique de niveau ES-5.

En réponse à cette offre, M. Hack a déclaré qu'il était préoccupé par les importantes répercussions qu'un déménagement à Ottawa aurait sur lui et sur les membres de sa famille et il a posé certaines conditions que j'ai déjà évoquées.

C'était pour répondre à ces conditions que M. Hack a été muté à un poste vacant de niveau ES-4 à Ottawa et qu'il a été immédiatement après nommé au niveau ES-5 à titre intérimaire. Il était clairement convenu que la nomination de M. Hack au niveau ES-5 était effectuée à titre intérimaire uniquement à cause des compressions de personnel auxquelles la Direction était soumise à l'époque. Une fois que M. Hack occuperait ce poste, on ferait l'impossible pour «régulariser» le poste et en faire dans les plus brefs délais un poste doté pour une période indéterminée. Sur la foi de cet arrangement proposé, M. Hack a accepté le poste d'analyste principal de la politique de niveau ES-5.

Des mesures de dotation en personnel ont été prises le 12 juin 1989 pour pourvoir au poste de niveau ES-4, et le même jour, M. Hack a été nommé à titre

an acting basis, which appointment was created by a Personnel Action Request (PAR).

FINDINGS OF FACT AND LAW

The respondent alleges that there were two separate and distinct staffing actions, the first one on June 12, 1989 and the second one on June 28, 1990. The respondent claims that this second staffing action was an appointment the effect of which is to set off the section 28 probationary period. The respondent further argues that an acting appointment to a position does not in and of itself confer a vested right to be appointed permanently to that position. In support of this argument the respondent relies on three cases which I will now consider.

In *Desrochers v. The Queen*, [1976] 2 F.C. 679 (T.D.), the applicant argued that having occupied a certain position in an acting capacity for a certain period he must now be considered a permanent employee of that position.

The facts of that case are quite different than those in the present case. There, the plaintiff was a personnel officer who at one point was asked to fill the temporary vacancy created by the departure of the penitentiary's assistant director. He accepted and was then appointed in an acting capacity in March 1972. The plaintiff was reappointed on two occasions such that he occupied the acting position for approximately two and a half years.

Sometime in 1974 there was an internal reorganization of the Penitentiary Service and the position, to which the plaintiff had been appointed on an acting basis, was abolished. A new position requiring different qualifications was created and an open competition was held in order to fill it. The plaintiff was invited to apply given his experience. However, the plaintiff was not selected as his qualifications were insufficient for this new position. The plaintiff immediately appealed arguing that he had occupied the position in an acting capacity for such a lengthy period that he was automatically entitled to fill the position on a permanent basis.

intérimaire au poste 2430 au niveau ES-5 au moyen d'une demande de services en personnel (DSP).

CONCLUSIONS DE FAIT ET CONCLUSIONS DE DROIT

L'intimé allègue que deux mesures distinctes de dotation ont été prises, la première le 12 juin 1989 et la seconde le 28 juin 1990. L'intimé prétend que cette seconde mesure de dotation constituait une nomination qui a fait commencer la période de stage prévue par l'article 28. L'intimé prétend en outre que la nomination intérimaire à un poste ne confère pas en soi un droit acquis d'être nommé de façon permanente à ce poste. À l'appui de cette prétention, l'intimé invoque trois décisions que je vais maintenant examiner.

Dans le jugement *Desrochers c. La Reine*, [1976] 2 C.F. 679 (1^{re} inst.), le requérant faisait valoir que, comme il avait occupé un certain poste à titre intérimaire pendant une certaine période, il devait être considéré comme un employé permanent occupant le poste en question.

Les faits de cette affaire sont très différents de ceux de la présente espèce. Dans cette affaire, le demandeur était un préposé au personnel à qui l'on avait demandé à un moment donné de combler temporairement la vacance créée par le départ du directeur adjoint du pénitencier. Il a accepté et a ensuite été nommé à titre intérimaire en mars 1972. Sa nomination a été reconduite à deux reprises, de sorte qu'il a occupé le poste intérimaire pendant à peu près deux ans et demi.

Au cours de l'année 1974, le Service des pénitenciers a fait l'objet d'une réorganisation interne et le poste auquel le demandeur avait été nommé à titre intérimaire a été aboli. Un nouveau poste exigeant des titres de compétence différents a été créé et un concours public a été organisé pour doter ce poste. Le demandeur a été invité à poser sa candidature en raison de son expérience. La candidature du demandeur a toutefois été écartée étant donné que ses qualifications n'étaient pas suffisantes pour ce nouveau poste. Le demandeur a interjeté aussitôt appel en faisant valoir que le fait qu'il avait occupé le poste à titre intérimaire aussi longtemps lui donnait automatiquement droit au poste à titre permanent.

Mr. Justice Marceau rejected the plaintiff's claim stating, at page 682, that:

Nowhere in the Act is it stated that mere length of tenure can replace such action by changing a temporary assignment into a permanent assignment

The facts before me, however, appear to be quite different. The significant differences are that firstly, no agreement such as the one concluded by Mr. Hack and Mr. Wong existed in the *Desrochers* case. The acting appointment was not made pending a vacancy to an indeterminate position. Secondly, the position held by Desrochers on an acting basis was abolished and an entirely new position with different requirements and a need for different qualifications was created. An open competition was held for this new position and an appointment on the basis of merit was ultimately made.

Here, Mr. Hack occupied the position of Senior Policy Analyst at the ES-5 level on an acting basis because there were no indeterminate vacancies; as soon as a vacancy came up Mr. Hack was appointed thereto. This situation bears little resemblance to the *Desrochers* case and I do not believe one can apply the conclusions of that case directly to the one at bar.

The respondent also refers to *R. v. Gowers*, [1980] 2 F.C. 503 (C.A.). This case dealt with an entirely different question of law. The Court, however, did refer in that case to the nature of an acting appointment. The respondent, Gowers, had been appointed to a higher position within the Post Office Department on an acting basis. During this time a closed competition was held in order to fill a new position. The requirements for applying were that the applicant occupy a position in which the maximum rate of pay was at least \$312.03 weekly. The respondent did not make this much money in his regular position but did in his acting position. The question was whether the respondent occupied the acting position such as to qualify him for the closed competition. The Court of Appeal ruled that the respondent was entitled to be considered in the competition as he was deemed to have occupied the position at the time the competi-

Le juge Marceau a écarté la prétention du demandeur en déclarant, à la page 682:

... aucune disposition de ladite Loi n'est à l'effet que le seul écoulement du temps puisse remplacer une telle nomination en transformant une assignation temporaire en une assignation permanente.

Les faits qui ont été portés à ma connaissance semblent toutefois fort différents. Les différences significatives sont premièrement qu'il n'existait pas dans l'affaire *Desrochers* d'entente semblable à celle qu'ont conclue M. Hack et M. Wong. La nomination intérimaire n'avait pas été faite pour combler une vacance à un poste doté pour une période indéterminée. En deuxième lieu, le poste occupé à titre intérimaire par M. Desrochers avait été aboli et un poste entièrement nouveau comportant des exigences différentes et prévoyant des qualifications différentes avait été créé. On avait tenu un concours public relativement à ce nouveau poste et on avait finalement effectué une nomination fondée sur le principe du mérite.

En l'espèce, M. Hack occupait le poste d'analyste principal de la politique de niveau ES-5 à titre intérimaire parce qu'il n'y avait pas de poste vacant doté pour une période indéterminée; dès qu'une vacance s'est produite, M. Hack a été nommé au poste devenu vacant. Cette situation ressemble fort peu à celle qui existait dans l'affaire *Desrochers* et je ne crois pas qu'on puisse appliquer directement les conclusions de ce jugement aux faits de la présente espèce.

L'intimé cite également l'arrêt *R. c. Gowers*, [1980] 2 C.F. 503 (C.A.). Cette affaire portait sur une question de droit entièrement différente. La Cour a cependant fait allusion dans cet arrêt à la nature de la nomination intérimaire. L'intimé, Gowers, avait été nommé à titre intérimaire à un poste plus élevé au sein du ministère des Postes. Pendant cette période, un concours interne avait été organisé dans le but de pourvoir à un nouveau poste. Les conditions de candidature prévoyaient que le candidat devait occuper un poste dont le traitement maximum atteignait au moins 312,03 \$ par semaine. L'intimé ne touchait pas un traitement aussi élevé dans son poste régulier, mais il recevait un traitement supérieur à cette somme dans son poste intérimaire. Il s'agissait de savoir si l'intimé occupait le poste intérimaire, ce qui le rendait admissible à la participation au concours interne. La Cour d'appel a statué que l'intimé avait le

tion was held. In speaking of section 27 of the Regulations (which is very similar to today's section 25) Urie J.A. stated at pages 508-509:

It provides only that "the employee shall be considered to have been appointed to the higher position . . ." As a result, the employee is entitled to enjoy the benefits accruing through his deemed appointment to the acting position as though he were formally appointed to it, for the duration of such employment One of the benefits, of course, is entitlement to participate in competitions for which his temporary salary makes him eligible.

In his reasons Kelly D.J. stated the following at page 510:

Normally a position in the Public Service is filled by the Commission making an appointment pursuant to section 10 of the Act. A person so appointed, undoubtedly occupies or is employed in that position; in fact a person so appointed has the security of tenure.

In contrast to this procedure, when a person appointed to a particular position is absent, in order that the work of the absent employee may be performed and continuity of the work of the Public Service maintained, through power conferred on the deputy head by the Regulations enacted by the Commission and without any confirming action by the Commission, or the conduct of a competition the deputy head may require an employee (who has already been regularly appointed to a lower position) to perform, for a temporary period the duties of the higher position; the employee during the time he is performing the duties of the higher position is assured of the receipt of remuneration appropriate to the higher position. Such an employee does not have tenure in the higher position and may be returned to the position to which he was appointed when the deputy head so requires. The employee so required to perform the duties of the higher position does not cease to be an employee of the Public Service, that status flowing from an appointment made by the Commission.

This case stands for the proposition that section 27 of the Regulations (now section 25) is to be interpreted as saying that while someone is in a position on an acting basis he or she is to be considered as appointed to that position only so long as he or she is employed in that position. This is the reasoning which was applied in the *Murray v. Government of Canada* (1983), 47 N.R. 299 (F.C.A.) at pages 307-308, *per* Heald J.A.

For the applicant, the Court was referred to a case where it was found that a person appointed to a higher position on an acting basis had acquired tenure in that position. In *Lucas v. Canada (Public Service*

droit de participer au concours car il était considéré comme occupant le poste au moment du concours. Voici ce que le juge Urie, J.C.A., a déclaré, aux pages 508 et 509, au sujet de l'article 27 du Règlement (qui ressemble beaucoup à l'actuel article 25):

Il prévoit seulement que « l'employé doit être considéré comme nommé au poste supérieur . . . » Il s'ensuit que l'intéressé a droit aux avantages qui lui reviennent du fait de sa soi-disant nomination au poste intérimaire, tout comme s'il y avait été officiellement nommé, pour la durée de ses fonctions . . . L'un de ces avantages est, bien entendu, la possibilité de participer aux concours auxquels son traitement intérimaire le rend admissible.

Dans ses motifs, le juge suppléant Kelly a déclaré ce qui suit, à la page 510:

Normalement, la Commission pourvoit à un poste dans la Fonction publique au moyen d'une nomination faite conformément à l'article 10 de la Loi. Quiconque nommé dans ces conditions occupe ce poste ou y est employé: en fait il en devient le titulaire.

Par contre, lorsque le titulaire d'un poste quelconque est absent, la nécessité d'assurer l'exécution des attributions de l'employé absent comme d'assurer la continuité du fonctionnement de l'administration publique, permet au sous-ministre, en vertu des pouvoirs qu'il tient du Règlement promulgué par la Commission et sans confirmation de la Commission ni tenue d'un concours, de demander à un employé (qui était déjà régulièrement nommé à un poste inférieur) d'assumer à titre temporaire, les attributions du poste supérieur; pendant qu'il remplit les devoirs du poste supérieur, cet employé est assuré du traitement correspondant. Il n'est pas titulaire du poste supérieur et doit réintégrer son poste d'origine lorsque le sous-ministre le requiert. L'employé auquel il est demandé de remplir les devoirs du poste supérieur ne cesse pas de ce fait d'être un employé de la Fonction publique, statut qu'il tient d'une nomination faite par la Commission.

Cet arrêt appuie la proposition suivant laquelle il faut interpréter l'article 27 du Règlement (maintenant l'article 25) comme disant que la personne qui occupe un poste à titre intérimaire ne peut être considérée comme nommée à ce poste que tant qu'elle est employée dans ce poste. C'est le raisonnement que le juge Heald, J.C.A., a appliqué dans l'arrêt *Murray c. Gouvernement du Canada* (1983), 47 N.R. 299 (C.A.F.), aux pages 307 et 308.

Le requérant renvoie la Cour à un arrêt dans lequel il a été jugé qu'une personne nommée à titre intérimaire à un poste d'un niveau plus élevé que celui qu'elle occupait avait acquis la permanence dans ce

Commission Appeal Board), the Court was primarily concerned with the interpretation of section 21 of the Act; however, it did pronounce itself on the incidence of an acting appointment. In that case, while the incumbent of the Collection Enforcement Clerk position was on a training program, the applicant was requested and agreed to perform the duties of the position, for which she was entitled to receive acting pay. A position was created for acting pay purposes. The Department regarded the staffing action as an "assignment" and not an "appointment" so that section 21 did not apply. The Board agreed with this conclusion and further stated that the "assignee" did not and could not have acquired any tenure in that position.

A unanimous Court of Appeal disagreed. It concluded that an assignment to a position and an appointment to a position were exactly the same act and therefore section 21 applied. As for the status of the employee appointed in the acting position, Heald J.A. on behalf of the Court stated at page 363:

I think the Board was also in error in concluding that since Ms. Morrison's permanent position as SCY-2 was her "tenure determining position", she could not be said to have acquired tenure in the CR-4 position which she continues to hold. I agree with counsel for the applicant that when she agreed to and commenced to carry out the duties of a Collections Enforcement Clerk, she clearly acquired tenure in the sense that she became entitled to a clerk's rate of pay as well as to carry out the duties of a clerk. I agree with his submission that:

In a very meaningful sense, she acquired for the one-year period in question, tenure as a clerk and lost her tenure as Secretary.

I agree with the respondent that an acting appointment does not in and of itself confer a vested right to be appointed permanently to that position. Otherwise the entire purpose of the provision allowing for acting appointments would be defeated. Again, the administration must have some flexibility to effect changes for the proper running of its operations. Various provisions provide for such flexibility and sec-

poste. Dans l'arrêt *Lucas c. Canada (Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique)*, la Cour était surtout concernée par l'interprétation de l'article 21 de la Loi; elle s'est toutefois prononcée sur l'incidence d'une nomination intérimaire. Dans cette affaire, pendant que le titulaire d'un poste de commis au recouvrement suivait un programme de formation, on a demandé à la requérante, qui a accepté, d'exercer les fonctions de ce poste, pour lequel elle avait le droit de recevoir une rémunération d'intérim. Un poste a été créé pour le calcul de la rémunération intérimaire. Le Ministère a considéré la mesure de dotation comme une «affectation» et non comme une «nomination», de sorte que l'article 21 ne s'appliquait pas. Le Comité a souscrit à cette conclusion et a ajouté que la «personne en affectation» n'avait pas acquis de permanence dans ce poste et qu'elle n'aurait pas pu l'acquérir.

À l'unanimité, la Cour d'appel s'est dite en désaccord avec ce point de vue. Elle a conclu que l'affectation à un poste et la nomination à un poste constituaient exactement le même acte et que, par conséquent, l'article 21 s'appliquait. Quant au statut de l'employée nommée au poste intérimaire, la Cour a déclaré à la page 363, sous la plume du juge Heald, J.C.A.:

Je suis également d'avis que le Comité a commis une erreur en concluant que puisque le poste permanent de madame Morrison, c'est-à-dire celui de SCY-02, était celui qui lui accordait la «sécurité d'emploi», on ne pouvait pas dire qu'elle avait acquis cette sécurité dans le poste de CR-04 qu'elle continue d'occuper. Je suis de l'avis du procureur du requérant pour dire que lorsqu'elle a accepté et commencé d'exercer les fonctions du commis au recouvrement, elle a évidemment acquis la sécurité d'emploi en ce sens qu'elle a acquis le droit de recevoir la rémunération afférente au poste de commis et d'en exercer les fonctions. Je souscris à l'argument de l'avocat selon lequel:

[TRADUCTION] Dans un sens très réel, elle a acquis pour la période d'un an dont il est question la sécurité d'emploi en qualité de commis et elle a perdu sa sécurité d'emploi en qualité de secrétaire.

Je suis d'accord avec l'intimé pour dire qu'une nomination intérimaire ne confère pas en soi le droit acquis d'être nommé de façon permanente à ce poste. Autrement, on ferait échec à tout l'objectif de la disposition qui permet les nominations intérimaires. Je répète que l'Administration doit pouvoir bénéficier d'une certaine souplesse pour effectuer des changements pour le bon fonctionnement de ses activités.

tion 25 of the Regulations is one of them. Therefore, acting appointments do not necessarily mature by operation of the law into permanent appointments. Yet, they appear to do so when it comes to section 21 appeals and when other consequences are alleged to flow from acting appointments.

CONCLUSIONS

I believe nevertheless that in the case before me, Mr. Hack acquired, in a very meaningful sense, tenure as a Senior Policy Analyst at the ES-5 level. This was what was agreed upon. The time spent in acting positions was due solely to the fact that no indeterminate position was available and all of the evidence suggests that Mr. Hack would be given the first available indeterminate position. Having already reached the top of the eligibility list for that particular ES-5 position, a formal appointment, when a position became available or vacant, was but a crystallization of what in fact had been triggered on June 12, 1989. I should therefore conclude that the original acting appointment on June 12, 1989, was an appointment the effect of which was to trigger the section 28 probationary period. A finding of this kind is not inconsistent with the provisions of sections 25 and 28 of the Regulations dealing with acting appointments.

I should also find that the extension given to Mr. Hack's term appointments are not new appointments, the effect of which would be to interrupt repeatedly the period of probation. Position numbers might have changed from June 12, 1989, to June 28, 1990, but these positions were all quite similar and were meant to accommodate the situation more than anything else. To find otherwise would impose form over function.

In my view, tenure as a Senior Policy Analyst at the ES-5 level had been acquired. The staffing action

Diverses dispositions accordent cette souplesse et l'article 25 du Règlement en est une. Par conséquent, les nominations intérimaires ne se transforment pas nécessairement avec le temps en nominations permanentes par l'effet de la loi. C'est pourtant ce qui semble se produire lorsqu'un appel est interjeté en vertu de l'article 21 et qu'on prétend que d'autres conséquences découlent d'une nomination intérimaire.

CONCLUSIONS

J'estime néanmoins que dans l'affaire qui m'est soumise M. Hack a acquis, au sens le plus fort du terme, la permanence comme analyste principal de la politique de niveau ES-5. C'est ce qui avait été convenu. Le temps qu'il a passé dans des postes intérimaires était imputable uniquement au fait qu'aucun poste doté pour une période indéterminée n'était disponible, et l'ensemble de la preuve permet de penser que l'on accorderait à M. Hack le premier poste doté pour une période indéterminée qui se libérerait. Comme il se trouvait déjà en tête de la liste d'admissibilité pour ce poste particulier de niveau ES-5, une nomination officielle effectuée au moment où un poste devenait disponible ou vacant ne constituait que la matérialisation de ce qui avait en fait été mis en branle le 12 juin 1989. Je dois donc conclure que la nomination intérimaire initiale du 12 juin 1989 constituait une nomination qui avait pour effet de commencer à faire courir la période de stage prévue à l'article 28. Cette conclusion n'est pas incompatible avec les dispositions des articles 25 et 28 du Règlement relatives aux nominations intérimaires.

Je dois également conclure que la prorogation accordée aux nominations de M. Hack pour une période déterminée ne constituent pas de nouvelles nominations qui auraient pour effet d'interrompre de façon répétée la période de stage. Les numéros de poste ont pu changer entre le 12 juin 1989 et le 28 juin 1990, mais ces postes étaient tous fort semblables et visaient d'abord et avant tout à s'adapter à la situation. Si l'on concluait autrement, la forme l'emporterait sur le fond.

À mon avis, le requérant avait acquis la permanence à titre d'analyste principal de la politique au

of June 28, 1990 should therefore not be considered an appointment within the meaning of section 28.

Accordingly, it was not open to the respondent to reject the applicant on probation as the probationary period had already lapsed. I am therefore of the view that the applicant's motion should be granted, with costs.

I would invite counsel for the parties to draft an appropriate order and submit it to me for endorsement. In the meantime I remain seized of the case.

Concurrent with these reasons are reasons delivered in case T-2060-91 where, in similar but not identical circumstances, I have reached an opposite conclusion. In both cases, counsel for the parties were the same and they will appreciate, though not necessarily agree with, the different reasonings I have expressed.

niveau ES-5. La mesure de dotation prise le 28 juin 1990 ne devrait donc pas être considérée comme une nomination au sens de l'article 28.

Par conséquent, il n'était pas loisible à l'intimé de renvoyer le requérant en cours de stage, étant donné que la période de stage avait déjà pris fin. J'estime par conséquent que la requête du requérant devrait être accueillie avec dépens.

J'inviterais les avocats des parties à rédiger une ordonnance appropriée et à me la soumettre pour visa. Dans l'intervalle, je demeure saisi de l'affaire.

Les présents motifs sont prononcés en même temps que ceux que j'ai rendus dans le dossier T-2060-91 dans lequel, dans des circonstances semblables mais non identiques, j'en suis arrivé à une conclusion opposée. Les avocats des parties étaient les mêmes dans les deux affaires et ils apprécieront, sans toutefois y souscrire nécessairement, les raisonnements différents que j'ai exprimés.

T-502-90

T-502-90

Lihuen Kwan (*Applicant*)**Lihuen Kwan** (*requérant*)

v.

c.

Her Majesty the Queen as represented by the Canadian Security Intelligence Service, the Director of Canadian Security Intelligence Service (*Respondent*)

Sa Majesté la Reine représentée par le Service canadien du renseignement de sécurité, le directeur du Service canadien du renseignement de sécurité (*intimée*)

INDEXED AS: KWAN v. CANADA (CANADIAN SECURITY INTELLIGENCE SERVICE) (T.D.)

RÉPERTORIÉ: KWAN c. CANADA (SERVICE CANADIEN DU RENSEIGNEMENT DE SÉCURITÉ) (1^{re} INST.)

Trial Division, Joyal J.—Ottawa, May 28 and 30, 1991.

Section de première instance, juge Joyal—Ottawa, 28 et 30 mai 1991.

Security intelligence — Applicant's security clearance revoked — Dismissed from position at CSIS — Security Intelligence Review Committee recommending clearance be restored — Whether Committee's decision binding — F.C.A. having held "recommendation" binding in Thomson v. Canada — Decision under appeal to S.C.C. — Applicant seeking reinstatement in employment — Reinstatement different issue from clearance — Return of security clearance not of itself threat to national security — Status quo to be maintained pending Supreme Court decision in Thomson.

Renseignement de sécurité — L'habilitation de sécurité du requérant a été révoquée — Il a été renvoyé du SCRS — Le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité a recommandé le rétablissement de son habilitation de sécurité — La décision du Comité est-elle exécutoire? — La C.A.F. a statué que la «recommandation» était exécutoire dans son arrêt Thomson c. Canada — Arrêt faisant l'objet d'un pourvoi devant la C.S.C. — Le requérant a demandé qu'il soit réintégré dans son emploi — La question de la réintégration diffère de celle de l'habilitation de sécurité — Le rétablissement de l'habilitation de sécurité n'est pas en soi une menace à la sécurité nationale — Maintien du statu quo en attendant que la Cour suprême se prononce dans l'affaire Thomson.

This was a motion for a stay of an order that the respondent reinstate the applicant's top secret security clearance.

Il s'agit d'une requête en suspension de l'exécution d'une ordonnance enjoignant de réintégrer le requérant dans son habilitation de sécurité au niveau très secret.

The applicant was employed as a translator, with a top secret security clearance. In August 1988, the applicant was suspended from his duties. After an internal investigation, the respondent revoked the applicant's security clearance and, on November 10, 1988, dismissed him. Applicant applied to the Security Intelligence Review Committee for a review, and the Committee recommended, on October 23, 1989, that his security clearance be restored. On November 17, the Director of CSIS communicated to the applicant his refusal to act on that recommendation. In the meantime, on November 3, 1989, the applicant had initiated a Federal Court action claiming damages for wrongful dismissal. Upon learning of the Director's decision, the applicant filed an application under section 18 of the *Federal Court Act* for a review of that decision. On October 4, 1990, Joyal J. ordered the restoration of the applicant's top secret clearance. Acting thereon, the applicant reported for work but was turned away. On January 16, 1991, applicant filed a grievance with the Public Service Staff Relations Board seeking reinstatement. Initially, CSIS took the position that the Board lacked jurisdiction. Later, it appeared that CSIS was willing to argue the jurisdictional issue and a date for the Board hearing was set. But on May 23, 1991 the Crown moved, on short notice, before Joyal J., for an order staying execution of His Lordship's October 4, 1990 order. The hear-

Le requérant a été engagé comme traducteur, ayant une habilitation de sécurité au niveau très secret. En août 1988, il a été suspendu de ses fonctions. Après une enquête interne, l'intimée a révoqué l'habilitation de sécurité du requérant, et, le 10 novembre 1988, elle l'a renvoyé. Le requérant s'est adressé au Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité en vue d'une révision, et le Comité a, le 23 octobre 1989, recommandé le rétablissement de son habilitation de sécurité. Le 17 novembre, le directeur du SCRS a communiqué au requérant son refus de donner suite à cette recommandation. Entre-temps, le 3 novembre 1989, le requérant avait saisi la Cour fédérale d'une action en dommages-intérêts pour licenciement illégal. Ayant appris la décision du directeur, le requérant s'est fondé sur l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* pour déposer une demande de révision de cette décision. Le 4 octobre 1990, le juge Joyal a ordonné le rétablissement de l'habilitation de sécurité au niveau très secret du requérant. Fort de cette mesure, le requérant s'est présenté au travail, mais il a été refusé. Le 16 janvier 1991, le requérant a saisi la Commission des relations de travail dans la fonction publique d'un grief en vue de sa réintégration. Au début, le SCRS a prétendu que la Commission n'avait pas compétence. Plus tard, il est apparu que le SCRS était disposé à débattre la question de la compétence, et on a fixé une date pour la tenue d'une audience devant

ing had already begun and the Board ruled that it had jurisdiction to hear the grievance, and adjourned the proceedings *sine die*, to allow for security clearance to be obtained for applicant's counsel.

Held, the original order should be suspended *nunc pro tunc* but costs awarded to the unsuccessful party.

The issue before the Court is identical to that in *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*. In that case, the Federal Court of Appeal ruled that the "recommendation" of the Security Intelligence Review Committee was binding. That judgment is currently under appeal to the Supreme Court of Canada. The Court, in that case, ordered, on consent, that the operation of its judgment to restore Thomson's clearance be suspended pending the outcome of the appeal.

The situation had changed due to applicant's using his restored security clearance to seek reinstatement in his employment. No longer was the issue confined to the applicant's security clearance, which of itself does not prejudice national security. Now, the clearance has become the foundation for a demand for reinstatement, an issue currently before the Supreme Court of Canada. To analogize to injunctive proceedings, the balance of convenience between private rights and the public interest has shifted. The *status quo* should be maintained.

Because the Crown's motion was untimely, and put applicant to considerable expense, costs should be awarded to him.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Thomson v. Canada, [1988] 3 F.C. 108; (1988), 50 D.L.R. (4th) 454; 31 Admin. L.R. 14; 84 N.R. 169 (C.A.); *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1990] 2 F.C. 820; (1990), 43 Admin. L.R. 40 (C.A.); *Algonquin Mercantile Corporation v. Dart Industries Canada Limited*, [1985] 1 F.C. 908; (1984), 79 C.P.R. (2d) 260 (T.D.).

COUNSEL:

Ian C. Hay for applicant.
Mylène Bouzigon for respondent.

SOLICITORS:

Joe, Chen, Jang, Leung & Barbour, Vancouver, for applicant.

la Commission. Mais, le 23 mai 1991, la Couronne a, à bref délai de préavis, demandé au juge Joyal de rendre une ordonnance portant suspension de l'exécution de l'ordonnance qu'il avait rendue le 4 octobre 1990. L'audience avait déjà commencé et la Commission avait statué qu'elle avait compétence pour connaître du grief, et avait ajourné *sine die* les procédures pour permettre d'obtenir une habilitation de sécurité pour l'avocat du requérant.

Jugement: l'exécution de l'ordonnance initiale devrait être suspendue *nunc pro tunc*, mais les dépens sont adjugés à la partie qui n'a pas eu gain de cause.

La question dont est saisie la Cour est identique à celle posée dans l'arrêt *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*. Dans cette affaire, la Cour d'appel fédérale a statué que la « recommandation » du Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité était exécutoire. Cet arrêt fait actuellement l'objet d'un pourvoi devant la Cour suprême du Canada. La Cour de céans a ordonné, du consentement des parties, la suspension de l'exécution de son arrêt portant rétablissement de l'habilitation de sécurité de Thomson en attendant l'issue du pourvoi.

La situation avait changé en raison de l'utilisation par le requérant de son habilitation de sécurité rétablie pour demander réintégration dans son emploi. La question ne se limitait plus à l'habilitation de sécurité du requérant, laquelle habilitation, en soi, ne porte pas préjudice à la sécurité nationale. Or, l'habilitation de sécurité est devenue le fondement d'une demande de réintégration, question dont la Cour suprême du Canada est actuellement saisie. Pour établir une analogie avec les procédures d'injonction, on peut dire que la balance des inconvénients entre les intérêts privés et l'intérêt public a connu un changement. Il y a lieu de maintenir le statu quo.

La requête de la Couronne étant inopportune et ayant causé au requérant d'importantes dépenses, il y a lieu d'adjuger les dépens à ce dernier.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Thomson c. Canada, [1988] 3 C.F. 108; (1988), 50 D.L.R. (4th) 454; 31 Admin. L.R. 14; 84 N.R. 169 (C.A.); *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1990] 2 C.F. 820; (1990), 43 Admin. L.R. 40 (C.A.); *Algonquin Mercantile Corporation c. Dart Industries Canada Limited*, [1985] 1 C.F. 908; (1984), 79 C.P.R. (2d) 260 (1^{re} inst.).

AVOCATS:

Ian C. Hay pour le requérant.
Mylène Bouzigon pour l'intimée.

PROCUREURS:

Joe, Chen, Jang, Leung & Barbour, Vancouver, pour le requérant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

JOYAL J.: In these proceedings, the respondent Crown prays for a stay of proceedings in giving effect to an order I issued on October 4, 1990 with respect to the applicant's security clearance at the top secret level.

At all relevant times, the applicant was on staff with the Canadian Security Intelligence Service (CSIS). He was engaged as a translator. Security clearance at his level was a condition of his employment.

In August 1988, on the basis of information received by the Director of CSIS, the applicant was suspended from his duties. This was followed by an internal investigation. In November 1988, as a result of this investigation, the Director of CSIS ordered that the applicant's security clearance be revoked. It followed that steps were immediately taken to have the applicant released from employment with CSIS as of November 10, 1988.

The applicant applied to the Security Intelligence Review Committee (SIRC) for a review of the case. Hearings before the SIRC were held March 8 to March 11, 1989. On October 23, 1989, SIRC decided to recommend that the applicant be reinstated in his security clearance. On November 3, 1989, the applicant launched an action in Federal Court claiming damages for unlawful termination of employment. On November 17, 1989, the Director informed the applicant that he was refusing to act on the SIRC's recommendation.

In the meantime, however, the case of *Thomson v. Canada*, [1988] 3 F.C. 108 (C.A.) and confirmed in [*Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*] [1990] 2 F.C. 820 (C.A.), was wending its way through the Federal Court. As in the case before me, the applicant, who had been refused security clearance with respect to a particular position in Agriculture Canada, had referred the matter to the SIRC which, in turn, had recommended that the required clearance be issued. The Director had refused to act

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

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

LE JUGE JOYAL: Dans les présentes procédures, la Couronne intimée demande qu'il soit sursis à l'exécution d'une ordonnance que j'ai rendue le 4 octobre 1990 relativement à l'habilitation de sécurité du requérant au niveau très secret.

À toutes les époques en cause, le requérant faisait partie du personnel du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS). Il a été engagé comme traducteur. Une habilitation de sécurité à son niveau était une condition de son emploi.

En août 1988, compte tenu des renseignements reçus par le directeur du SCRS, le requérant a été suspendu de ses fonctions. Cette suspension a été suivie d'une enquête interne. En novembre 1988, par suite de cette enquête, le directeur du SCRS a ordonné la révocation de l'habilitation de sécurité du requérant, ce qui fait que des mesures ont immédiatement été prises pour le relever de ses fonctions auprès du SCRS à compter du 10 novembre 1988.

Le requérant s'est adressé au Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (CSARS) en vue d'une révision de son cas. Les audiences devant le CSARS ont été tenues du 8 au 11 mars 1989. Le 23 octobre 1989, le CSARS a décidé de recommander la réintégration du requérant dans son habilitation de sécurité. Le 3 novembre 1989, le requérant a saisi la Cour fédérale d'une action en dommages-intérêts pour licenciement illégal. Le 17 novembre 1989, le directeur a informé le requérant qu'il refusait de donner suite à la recommandation du CSARS.

Toutefois, entre-temps, l'affaire *Thomson c. Canada*, [1988] 3 C.F. 108 (C.A.), confirmée par [*Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*] [1990] 2 C.F. 820 (C.A.), avait été soumise à la Cour fédérale. Comme en l'espèce, le requérant, qui s'était vu refuser une habilitation de sécurité à l'égard d'un poste particulier à Agriculture Canada, avait déféré l'affaire au CSARS qui, à son tour, avait recommandé que l'habilitation de sécurité requise fût émise. Le directeur avait refusé de donner suite à

on this recommendation. On appeal to the Federal Court of Appeal, the Court found that on a proper construction of the legislative scheme respecting the review powers of SIRC, a decision from this review committee, though couched in the term of "recommendation" was a binding decision. The Crown immediately applied for leave to appeal to the Supreme Court of Canada. Leave was granted and the issue is to be heard before that Court in the fall of this year [1991]. Pending appeal and on consent of the parties, the Federal Court of Appeal ordered that the operation of its judgment be suspended.

Concurrently, the case before me was not lying dormant. On February 20, 1990, the applicant filed a section 18 application before this Court for reinstatement of his security clearance. The Crown pleaded for a stay of proceedings pending the Supreme Court ruling in the *Thomson* case (*supra*). Both issues came on to be heard before me in Vancouver on October 1, 1990.

On October 4, 1990, I ordered that the applicant be reinstated in his security clearance. It will be clear on reading the reasons I issued at that time that my decision was predicated on the fact that reinstatement of the applicant's security clearance, in principle, could not be prejudicial to CSIS or to national security interests. The applicant was no longer employed by CSIS and his only claim before the Court was for damages.

Finally, I pointed out in both my order and my reasons therefor that my decision was without prejudice to the Crown's right to reapply for a stay if the circumstances should change. The Crown has appealed my order of October 4, 1990 but the appeal has not yet been set down for hearing.

Since that time, I am now informed, there has been a change in circumstances. On the strength of the Director of CSIS complying with my order and reinstating the applicant in his security clearance, the applicant appeared at the CSIS Regional Office in British Columbia to be reinstated in his position with CSIS. He was summarily refused. On January 16, 1991, he filed a grievance to the Public Service Staff

cette recommandation. La Cour d'appel fédérale a été saisie de l'affaire et elle a conclu que, selon une interprétation appropriée du cadre législatif relatif aux pouvoirs de surveillance du CSARS, une décision de ce comité de surveillance, même si elle prenait la forme d'une «recommandation» était une décision exécutoire. La Couronne a immédiatement demandé l'autorisation de se pourvoir devant la Cour suprême du Canada. L'autorisation en a été accordée, et l'affaire sera entendue par cette Cour à l'automne de cette année [1991]. En attendant une décision sur le pourvoi et du consentement des parties, la Cour d'appel fédérale a ordonné la suspension de l'exécution de son jugement.

Simultanément, l'affaire dont je suis saisi n'était pas en sommeil. Le 20 février 1990, le requérant s'est fondé sur l'article 18 pour saisir cette Cour d'une demande de rétablissement de son habilitation de sécurité. La Couronne a conclu à une suspension d'instance en attendant que la Cour suprême ait statué dans l'affaire *Thomson* précitée. J'ai entendu les deux questions à Vancouver le 1^{er} octobre 1990.

Le 4 octobre 1990, j'ai ordonné que le requérant fût réintégré dans son habilitation de sécurité. Il ressort des motifs que j'ai prononcés à cette époque que ma décision a été rendue étant entendu que le rétablissement de l'habilitation de sécurité du requérant ne pouvait, en principe, porter préjudice au SCRS ni aux intérêts de la sécurité nationale. Le requérant ne travaillait plus pour le SCRS et sa seule revendication devant la Cour portait sur des dommages-intérêts.

En dernier lieu, j'ai souligné tant dans mon ordonnance que dans les motifs qui s'y rapportent que ma décision ne portait pas atteinte au droit de la Couronne de faire une nouvelle demande de suspension si les circonstances changeaient. La Couronne a interjeté appel de mon ordonnance du 4 octobre 1990, mais l'appel n'a pas encore été inscrit au rôle.

Depuis ce temps, on m'informe maintenant qu'il y a eu des faits nouveaux. Fort de ce que le directeur du SCRS allait se conformer à mon ordonnance et le réintégrer dans son habilitation de sécurité, le requérant a comparu devant le bureau régional du SCRS en Colombie-Britannique pour être réintégré dans son poste chez SCRS. On le lui a sommairement refusé. Le 16 janvier 1991, il a déposé un grief devant la

Relations Board (the Board) for referral to an Adjudicator. The grievance, of course, was in respect of that refusal and the remedy sought was of an order for reinstatement in his former position.

What followed between January 16, 1991 and May 24, 1991 is a whole series of correspondence between the Board, counsel for the applicant and counsel for CSIS. The position taken by CSIS in its first letter to the Board on January 31, 1991, was that the Board was without jurisdiction to proceed to adjudication. The applicant, said CSIS, was excluded from any adjudicative process under the terms of personnel policy in CSIS. This position was restated on April 24, 1991, when it was explained that although CSIS policy permitted a consensual approach to adjudication in certain cases, i.e., in disciplinary action resulting in suspension without pay or discharge, CSIS had no intention of extending it to grievances which did not come within the parameters set by that policy.

The issue took on a more material aspect when the applicant's counsel, in his letter to the Board on April 11, 1991, applied for the release of all information in the possession of CSIS relating to the applicant and going back to the events in 1988 leading to the applicant's loss of his security clearance. In a further letter to the Board on May 10, 1991, counsel for the applicant stated that it was his position that reinstatement was the central issue and that of necessity, the Board would be referred to events which occurred in 1988.

It would appear nevertheless that CSIS was prepared to appear before the Board to argue the jurisdictional issue and the Board set the dates of May 23 – May 28, 1991, for the hearing. It is also noted in comment made by CSIS counsel to the Board on April 24, 1991, that, upon reviewing the applicant's service records to determine what information needed to be released by the Service in order to answer the applicant's grievance as presently worded, CSIS could meet the case without the disclosure of any information classified for reasons of national security. This, at first blush, seems to infer some kind

Commission des relations de travail dans la fonction publique (la Commission) en vue d'un renvoi à l'arbitrage. Bien entendu, le grief avait trait au refus, et la réparation demandée était une ordonnance portant sa réintégration dans son ancien poste.

Entre le 16 janvier 1991 et le 24 mai 1991, il y a eu un échange considérable de correspondance entre la Commission, l'avocat du requérant et celui du SCRS. Dans sa première lettre adressée à la Commission le 31 janvier 1991, le SCRS a prétendu que la Commission n'avait pas compétence pour statuer. Le requérant, dit le SCRS, était exclu de tout processus judiciaire en vertu de la politique en matière de gestion du personnel du SCRS. Cette position a été exprimée de nouveau le 24 avril 1991 lorsqu'on a expliqué que, bien que la politique du SCRS permît une approche consensuelle de la décision à prendre dans certains cas, c'est-à-dire dans le cadre des mesures disciplinaires entraînant une suspension sans rémunération ou un renvoi, le SCRS n'avait nullement l'intention de l'étendre à des griefs qui n'étaient pas visés par cette politique.

L'affaire a pris encore plus d'ampleur lorsque l'avocat du requérant, dans sa lettre adressée à la Commission le 11 avril 1991, a demandé la communication de tous les renseignements dont le SCRS était en possession et qui se rapportaient au requérant et remontaient aux événements de 1988 ayant conduit à la perte par le requérant de son habilitation de sécurité. Dans une autre lettre envoyée à la Commission le 10 mai 1991, l'avocat du requérant a déclaré que, selon lui, la réintégration était la question capitale et qu'il était nécessaire de renvoyer la Commission aux événements de 1988.

Néanmoins, il semblerait que le SCRS fût disposé à comparaître devant la Commission pour débattre la question de la compétence, et la Commission a fixé la période du 23 au 28 mai 1991 pour l'audition. On note également dans les commentaires que l'avocat du SCRS a adressés à la Commission le 24 avril 1991 que, après avoir pris connaissance des états de service du requérant pour déterminer les renseignements qui devaient être communiqués par le Service en réponse au grief du requérant dans sa formulation actuelle, le SCRS pouvait faire face à la situation sans divulguer aucun des renseignements classifiés pour des raisons

of consent to the Board hearing the case or to attornment to the Board's jurisdiction. A full reading of that April 24 letter certainly leads to some ambiguity if not outright conflict in the CSIS approach.

In any event, on May 23, 1991, the Crown moved on short notice for an order staying the execution of my order of October 4, 1990. The motion was heard the next day by teleconference with counsel for both parties participating. Counsel for the applicant strenuously objected to the procedure followed. He had had but a couple of hours to review the material submitted by the Crown and it was a vexatious last minute attempt to abort the Board proceedings. As far as he was concerned, it was oppressive of the Crown to apply at this time when the Crown had already indicated that it was consenting to the Board hearing the case. The hearing had already started, the Adjudicator had ruled that he had jurisdiction to hear the case and, as it was expected that the hearing would be adjourned *sine die* on May 27 or May 28, in order for security clearance for counsel to be obtained, there was no longer any urgency.

After hearing the parties, I informed them that, in my opinion, the proceedings taken by the applicant subsequent to my order of October 4, 1990, threw some new and important considerations on the issue. In fact, the matter of such proceedings had been specifically mentioned in my reasons for order. It was also my view that the issue bearing on the case was not whether the applicant be reinstated in his position, but the more basic issue of whether the SIRC recommendation on the applicant's security clearance was or was not binding on the Director, the very issue now pending before the Supreme Court of Canada.

Nevertheless, I adjourned the hearing and advised counsel that no order would issue until counsel for the applicant had secured additional information or

de sécurité nationale. Cette attitude dénote de prime abord un certain acquiescement à la connaissance de l'affaire par la Commission ou une reconnaissance de la compétence de la Commission. Une pleine lecture de cette lettre du 24 avril conduit certainement à une certaine ambiguïté pour ne pas dire un conflit absolu dans l'approche adoptée par le SCRS.

Quoi qu'il en soit, le 23 mai 1991, la Couronne a, à bref délai de préavis, demandé une ordonnance portant suspension de l'exécution de mon ordonnance du 4 octobre 1990. La requête a été entendue le jour suivant par téléconférence avec la participation des avocats des deux parties. L'avocat du requérant s'est énergiquement opposé à la procédure suivie. Il n'avait eu que deux heures environ pour prendre connaissance des documents soumis par la Couronne, et il s'agissait d'une tentative contrariante de dernière minute pour faire avorter les procédures de la Commission. Quant à lui, il était abusif de la part de la Couronne de s'adresser à la Cour à ce stade lorsqu'elle avait déjà fait savoir qu'elle consentait à ce que la Commission connaisse de l'affaire. L'audience avait déjà commencé, l'arbitre avait décidé qu'il avait compétence pour connaître de l'affaire et, comme on s'attendait à ce que l'audition fût ajournée *sine die* le 27 mai ou le 28 mai, pour l'obtention par l'avocat d'une habilitation de sécurité, ce n'était plus urgent.

Après avoir entendu les parties, je les ai informées que, à mon avis, l'action intentée par le requérant par suite de mon ordonnance du 4 octobre 1990, avait révélé des facteurs nouveaux et importants qui se rapportaient au point litigieux. En fait, la question d'une telle action avait particulièrement été mentionnée dans mes motifs d'ordonnance. J'étais également d'avis que la question portant sur l'affaire était non pas de savoir si le requérant devait être réintégré dans son poste, mais, plus fondamentalement, de savoir si la recommandation du CSARS relative à l'habilitation de sécurité du requérant liait ou non le directeur, la question même qui est maintenant pendante devant la Cour suprême du Canada.

J'ai néanmoins ajourné l'audience, et j'ai informé les avocats qu'aucune ordonnance ne serait rendue jusqu'à ce que l'avocat du requérant ait obtenu des

instructions and had been permitted to submit further argument and representations to the Court.

The hearing reconvened, again by conference call, on May 28, 1991. The issues addressed covered the ruling that the Board had jurisdiction to hear the case, that the Crown was in the process of perfecting its appeal against my original order and that the continuation of the hearings before the Adjudicator required that both the applicant and his counsel have security clearance. The issue of the timeliness of the Crown's application asking the Court to intervene was also addressed.

The crux of the matter is that it is the applicant's own security status which is a matter of a Crown appeal from my order of October 4, 1990. It is the very issue to which I have earlier referred and which is to be finally determined by the Supreme Court of Canada in the *Thomson* case (*supra*).

It appears clear to me that in using a reinstated security clearance in order to advance a claim for reinstatement in employment, the rules of the game have changed. It is no more a case of a security status, in principle, which causes no prejudice to the respondent nor risk to the national security and to public interest. It is now a case where the security status of the applicant, without which no claim for reinstatement in his employment may be made, is the subject not only of an appeal from my original order of October 4, 1990, but involves an issue to be finally decided by the Supreme Court of Canada next fall. I should find that it is a case where some kind of *status quo* should be maintained. It is to say that as in the case of injunctive relief, the balance of convenience between the private interests and rights of the applicant and the public interest and duties of the respondent has shifted and now favours the latter.

In the circumstances, I should find that it would be proper to suspend *nunc pro tunc* the operation of my original order. In this regard, I rely on the decision of my colleague, Madam Justice Reed in the case of

renseignements ou instructions supplémentaires et ait été autorisé à soumettre d'autres arguments et observations à la Cour.

Le 28 mai 1991, l'audience a repris, encore par télé-réunion. Les questions abordées portaient sur la décision selon laquelle la Commission avait compétence pour connaître de l'affaire, la Couronne était sur le point de mettre en état son appel contre mon ordonnance originale et la poursuite des auditions devant l'arbitre exigeaient que tant le requérant que son avocat eussent une habilitation de sécurité. On a également abordé la question de l'opportunité de la demande par laquelle la Couronne sollicitait l'intervention de la Cour.

Le nœud de l'affaire porte sur le fait que c'est la propre situation sécuritaire du requérant qui fait l'objet de l'appel formé par la Couronne contre mon ordonnance du 4 octobre 1990. C'est la question même dont j'ai fait mention ci-dessus et sur laquelle la Cour suprême du Canada doit se prononcer définitivement dans l'affaire *Thomson* précitée.

Il me semble clair que, en faisant usage d'une habilitation de sécurité rétablie en vue d'une demande de réintégration dans un poste, les règles du jeu ont changé. Il ne s'agit plus, en principe, d'un cas de situation sécuritaire, qui ne porte aucun préjudice à l'intimée ni ne constitue un risque pour la sécurité nationale et l'intérêt public. Il s'agit maintenant d'un cas où la situation sécuritaire du requérant, sans laquelle aucune demande de réintégration dans son emploi ne peut être faite, non seulement fait l'objet d'un appel formé contre mon ordonnance initiale du 4 octobre 1990, mais comporte aussi une question que la Cour suprême du Canada doit trancher l'automne prochain. Il y a lieu pour moi de conclure qu'il s'agit d'un cas où un certain genre de *statu quo* devrait être maintenu. C'est dire que, comme dans le cas d'une injonction, la balance des inconvénients entre, d'une part, les intérêts privés et les droits du requérant et, d'autre part, l'intérêt public et les obligations de l'intimée penche maintenant en faveur de celle-ci.

Dans les circonstances, je devrais conclure qu'il conviendrait de suspendre *nunc pro tunc* l'exécution de mon ordonnance originale. À cet égard, je m'appuie sur la décision rendue par ma collègue, Madame

Algonquin Mercantile Corporation v. Dart Industries Canada Limited, [1985] 1 F.C. 908 (T.D.). The effect of this order will be to authorize the Director of CSIS to revoke or otherwise suspend the applicant's security clearance pending the appeal from my original order or until otherwise further ordered by the Court. An order will go accordingly.

As regards costs, I am satisfied that the Crown's decision to apply for this order of suspension was untimely. The delays set off a chain of proceedings which I have described and involved considerable time and effort by applicant's counsel and which, I find, an earlier application by the Crown would have avoided.

This finding is not intended to cast criticism on the conduct of Crown counsel but simply to recognize the equities which favour the applicant.

I therefore award costs to the applicant which I hereby fix at a lump sum of three thousand dollars (\$3,000).

le juge Reed, dans l'affaire *Algonquin Mercantile Corporation c. Dart Industries Canada Limited*, [1985] 1 C.F. 908 (1^{re} inst.). Une ordonnance rendue dans ce sens aura pour effet d'autoriser le directeur du SCRS de révoquer ou de suspendre par ailleurs l'habilitation de sécurité du requérant en attendant qu'il soit statué sur l'appel de mon ordonnance originale ou jusqu'à ce que la Cour en ait décidé autrement.

Quant aux dépens, je suis convaincu que la décision de la Couronne de demander cette ordonnance de suspension était inopportune. Les retards ont provoqué une série de procédures dont j'ai fait état, qui ont exigé de l'avocat du requérant beaucoup de temps et d'efforts et qu'une demande présentée plus tôt par la Couronne aurait, à mon sens, évitées.

Cette conclusion ne vise pas à critiquer la conduite de l'avocat de la Couronne, mais simplement à reconnaître les recours qui favorisent le requérant.

J'adjuge donc les dépens au requérant et je les fixe par les présentes à une somme forfaitaire de trois mille dollars (3 000 \$).

T-2353-86

T-2353-86

Ontario Bus Industries Inc. (*Plaintiff*)Ontario Bus Industries Inc. (*demanderesse*)

v.

c.

The Vessel *Federal Calumet*, *Federal Pacific (Liberia) Ltd.*, *Fednav Limited (Defendants)*

Le navire *Federal Calumet*, *Federal Pacific (Liberia) Ltd.*, *Fednav Limited (défendeurs)*

INDEXED AS: ONTARIO BUS INDUSTRIES INC. v. FEDERAL CALUMET (THE) (T.D.)

RÉPERTORIÉ: ONTARIO BUS INDUSTRIES INC. c. FEDERAL CALUMET (LE) (1^{re} INST.)

Trial Division, Strayer J.—Montréal, April 30; Ottawa, June 17, 1991.

Section de première instance, juge Strayer—Montréal, 30 avril; Ottawa, 17 juin 1991.

Conflict of laws — Goods damaged during carriage by sea — Bill of lading issued in Germany; goods loaded in Belgium — Under German law Hague Rules applied; under Belgian law, Hague-Visby Rules applied — Different limitations on liability under different Rules — Bill of lading ambiguous as to which Rules applied — Hague-Visby Rules applied based on contra proferentem construction of bill of lading and because in all circumstances transaction most closely associated with Belgium — Preference given to law of place of performance, particularly where contract made elsewhere — Performance started in Belgium.

Conflit des lois — Marchandises endommagées pendant le transport par mer — Connaissance délivré en Allemagne; marchandises embarquées en Belgique — En vertu de la loi marchande, les Règles de La Haye s'appliquaient; en vertu de la loi belge, les Règles de La Haye-Visby s'appliquaient — Limitations différentes de responsabilité en vertu des deux séries de règles — Connaissance ambigu en ce qui concerne les règles pertinentes — Les Règles de La Haye-Visby s'appliquaient selon une interprétation contra proferentem du connaissance et parce que toute l'opération était plus étroitement associée à la Belgique — Préférence accordée à la loi du lieu de l'exécution, en particulier lorsque le contrat est passé ailleurs — Exécution commencée en Belgique.

Maritime law — Carriage of goods — Hague-Visby Rules found to govern limitation of liability — Bill of lading purporting to vary limitation on liability imposed by Rules — Under law of contract (Belgian law), Rules applied compulsorily — Rules providing any clause limiting liability arising from negligence null and void — Bill of lading inconsistent as purporting to accept application of Rules and then modifying them — As defendants drafting bill of lading, construed contra proferentem.

Droit maritime — Transport de marchandises — Il a été jugé que les Règles de La Haye-Visby régissaient la limitation de responsabilité — Connaissance modifiant apparemment la limitation de responsabilité imposée par les Règles — En vertu de la loi du contrat (la loi belge), les Règles s'appliquaient obligatoirement — Les Règles prévoyaient que toute clause limitant la responsabilité découlant d'une négligence étaient nulles et sans effet — Connaissance incompatible étant donné qu'il semblait accepter l'application des Règles, puis les modifier — Étant donné que les défendeurs avaient rédigé le connaissance, l'interprétation contra proferentem a été donnée.

This was an action for damages for loss suffered by the owner of an articulated "bus frame" during shipment on the defendant vessel. The bill of lading was issued in Germany. The goods were loaded in Belgium. The defendants admitted responsibility for the damage. The bill of lading was ambiguous as to which Rules limiting the liability of carriers applied. Under Belgian law, the Hague-Visby Rules applied to shipments loaded in Belgium. Under German law, the Hague Rules applied to shipments covered by a bill of lading issued in Germany. The Hague Rules limited the carrier's liability to £100 per package, unless the nature and higher value of the goods had been declared by the shipper before shipment and inserted in the bill of lading. The Hague-Visby Rules limited liability per package or per weight of the damaged goods. If the Hague-Visby Rules applied, the bill of lading purported to modify the limit imposed thereby by eliminating the limitation based on weight. The Hague-Visby Rules also provided that the limitation on liability did not apply where damage was caused inten-

Il s'agissait d'une action en dommages-intérêts pour la perte subie par le propriétaire d'un «châssis d'autobus» articulé pendant le transport à bord du navire défendeur. Le connaissance a été délivré en Allemagne. Les marchandises ont été embarquées en Belgique. Les défendeurs ont reconnu être responsables du dommage. Le connaissance était ambigu en ce qui concerne les Règles limitant la responsabilité des transporteurs qui s'appliquaient. En vertu de la loi belge, les Règles de La Haye-Visby s'appliquaient aux marchandises embarquées en Belgique. En vertu de la loi allemande, les Règles de La Haye s'appliquaient aux marchandises visées par le connaissance délivré en Allemagne. Les Règles de La Haye limitaient la responsabilité du transporteur à 100 £ par colis, à moins que la nature et la valeur supérieure des marchandises n'aient été déclarées par le chargeur avant l'embarquement et que la déclaration n'ait été insérée dans le connaissance. Les Règles de La Haye-Visby limitaient la responsabilité par colis ou d'après le poids des marchandises endommagées. Si les Règles

tionally or recklessly and with knowledge that damage would probably result. There was no counterpart in the Hague Rules. The plaintiff alleged that the carriers acted recklessly and with knowledge that damage would probably result. The issue was which Rules applied.

Held, the Hague-Visby Rules should be applied.

The Court had the right and the duty to apply Canadian conflict of law rules as part of the *lex fori* to choose the law to govern the contract contained in the bill of lading. Since there is no Canadian statute governing validity and interpretation of a bill of lading issued in a foreign country in respect of goods loaded in another country, it was necessary to apply common law rules for the choice of the proper law of the contract. Where the parties have not expressly or by implication chosen the proper law, the Court must choose the system of law with which the transaction has the closest connection. An intention to choose the *lex fori* as the proper law is sometimes inferred from an express choice of forum for resolution of disputes. Although the bill of lading expressly chose Canadian courts for actions arising thereunder, an inference that the *lex fori* is the proper law can be supplanted by other indications that the parties intended some other system of law to govern validity and interpretation. Although the bill of lading indicated that some other system was to apply, which system was unclear. Applying the rule of construction that where there is an ambiguity the contract should be construed *contra proferentem* (against the party drafting it, in this case the defendants), the Hague-Visby Rules applied. The bill of lading was adequately clear that the parties intended the Hague-Visby Rules to apply. The choice of Belgian law favours the plaintiff.

It was also necessary to look to the surrounding circumstances to determine with which country the transaction was most closely associated. A preference should be given to the law of the place of performance as the proper law, especially where the contract is made in one country for performance in another. Performance started in Belgium where the cargo was loaded and the voyage commenced. Therefore Belgian law was the proper law of the contract.

The parties could not vary the Rules except as the Rules themselves contemplated. The plaintiff did not establish that the defendants acted recklessly and with knowledge that damage would probably result. Although there was negligence in the way the bus frame was loaded or carried, it was not so apparent that damage to the bus frame would result that it could be said that the defendants acted "recklessly" or "with knowledge that damage would probably result". As the limitation by weight would be higher, it should apply by strict appli-

de La Haye-Visby s'appliquaient, le connaissement visait apparemment à modifier les limites imposées en éliminant la limitation fondée sur le poids. Les Règles de La Haye-Visby prévoyaient également que la limitation de responsabilité ne s'appliquait pas si le dommage était causé intentionnellement ou témérairement et avec conscience qu'un dommage en résulterait probablement. Il n'y avait pas d'équivalent dans les Règles de La Haye. La demanderesse a allégué que les transporteurs avaient agi témérairement et avec conscience qu'un dommage en résulterait probablement. Il s'agissait de savoir quelles règles s'appliquaient.

Jugement: les Règles de La Haye-Visby devraient s'appliquer.

La Cour avait le droit et l'obligation d'appliquer les règles canadiennes en matière de conflit de lois dans le cadre de la *lex fori* afin de choisir la loi régissant le contrat que renferme le connaissement. Étant donné qu'aucune loi canadienne ne régissait la validité et l'interprétation d'un connaissement délivré dans un pays étranger à l'égard de marchandises embarquées dans un autre pays, il fallait appliquer les règles de la common law pour déterminer quelle loi régissait le contrat. Lorsque les parties n'ont pas expressément ou implicitement choisi la loi pertinente, la Cour doit déterminer le régime juridique auquel l'opération est le plus étroitement liée. L'intention de choisir la *lex fori* comme loi pertinente se déduit parfois du choix explicite du tribunal qui tranchera les litiges. Le connaissement désignait expressément les tribunaux canadiens pour trancher les actions en découlant, mais une déduction selon laquelle la *lex fori* est la loi pertinente peut être supplannée par d'autres indications que les parties envisageaient qu'un autre régime juridique régisse la validité et l'interprétation du contrat. Le connaissement indiquait qu'un autre régime devait s'appliquer, mais ne précisait pas quel régime. Si l'on appliquait la règle d'interprétation qui veut qu'en cas d'ambiguïté, il faut interpréter le contrat *contra proferentem* (contre la partie qui l'a rédigé, soit en l'espèce les défendeurs), les règles de La Haye-Visby s'appliquaient. Le connaissement indiquait d'une manière suffisamment claire que les parties envisageaient l'application des Règles de La Haye-Visby. Le choix de la loi belge favorise la demanderesse.

Il fallait également examiner les faits de l'affaire pour déterminer à quel pays l'opération était le plus étroitement associée. Il faut considérer de préférence la loi qui régit le lieu d'exécution comme étant la loi pertinente, en particulier lorsque le contrat est passé dans un pays pour être exécuté dans un autre. Le contrat a commencé à être exécuté en Belgique où la cargaison a été embarquée et le voyage a débuté. Par conséquent, la loi belge régissait le contrat.

Les parties ne pouvaient pas modifier les Règles sauf si les Règles elles-mêmes prévoyaient la chose. La demanderesse n'a pas établi que les défendeurs avaient agi témérairement et avec conscience qu'un dommage en résulterait probablement. Il y a eu négligence dans la façon dont le châssis d'autobus avait été embarqué ou transporté, mais cela n'était pas si évident qu'on pouvait dire que les défendeurs avaient agi «témérairement» ou «avec la conscience qu'un dommage en résulterait probablement». Étant donné que la limite d'après le poids était plus éle-

cation of the Hague-Visby Rules. The defendants contended that according to the bill of lading the Rules should be modified so as to impose the per unit limitation alone. The proper law of the contract (Belgian law) governs the validity of contractual clauses limiting liability. Belgian law compulsorily applies the Hague-Visby Rules which provide that any clause limiting liability arising from negligence shall be null and void. Even if the Rules did not render the clause void, the bill of lading was ambiguous in that it provided that the Rules would apply and then purported to modify those Rules. As the defendants drafted the bill of lading, applying the construction principle of *contra proferentem*, any inconsistency must be interpreted against the defendants and in favour of the plaintiff. The limitation purportedly imposed could not stand against the acceptance by the parties of the application of the Rules which preclude such limitations.

vée, elle devrait prévaloir selon une application stricte des Règles de La Haye-Visby. Les défendeurs ont soutenu que conformément au connaissance, les Règles devraient être modifiées de manière à n'imposer que la limite par unité. La loi qui s'applique au contrat (la loi belge) régit la validité des clauses contractuelles limitant la responsabilité. La loi belge applique obligatoirement les Règles de La Haye-Visby, qui prévoient que toute clause limitant la responsabilité découlant d'une négligence est non avenue et sans effet. Même si les Règles n'annulaient pas la clause, le connaissance était ambigu en ce sens qu'il prévoyait que les Règles s'appliquaient et semblait apparemment les modifier. Étant donné que les défendeurs ont rédigé le connaissance, toute différence doit être interprétée contre les défendeurs et en faveur de la demanderesse selon le principe d'interprétation *contra proferentem*. La limitation apparemment imposée ne pouvait pas résister à l'acceptation par les parties de l'application des Règles, qui interdisent pareilles limitations.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Carriage of Goods by Water Act, R.S.C., 1985, c. C-27. *Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 324, 482 (as am. by SOR/90-846, ss. 18, 19).

International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading and Protocol of Signature, Brussels, August 25, 1924 ("Hague Rules"), Art. 3, ss. 2, 8; Art. 4, s. 5.

Protocol to Amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading, Brussels, 25 August 1924 (Brussels, 23 February 1968) ("Visby Rules").

Protocol to Amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading, Brussels, 25 August 1924, as amended on 23 February 1968 (Brussels, 21 December 1979).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

DISTINGUISHED:

Vita Food Products, Incorporated v. Unus Shipping Co., Ltd., [1939] A.C. 277 (P.C.).

REFERRED TO:

Atlantic Consolidated Foods Ltd. v. The Doroty, [1979] 1 F.C. 283 (T.D.); affd [1981] 1 F.C. 783; (1980), 35 N.R. 160 (C.A.); *Bonython, John Lavington v. Commonwealth of Australia*, [1951] A.C. 201 (P.C.); *Tropwood A.G. et al. v. Sivaco Wire & Nail Co. et al.*, [1979] 2 S.C.R. 157; (1979), 99 D.L.R. (3d) 235; 10 C.P.C. 9; 26 N.R. 313.

AUTHORS CITED

Carver's Carriage by Sea, Vol. 2, 13th ed., London: Stevens & Sons, 1982.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance et Protocole de signature, Bruxelles, 25 août 1924 («Règles de La Haye»), art. 3, par. 2, 8; art. 4, par. 5.

Loi sur le transport des marchandises par eau, L.R.C. (1985), chap. C-27.

Protocole portant modification de la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance signée à Bruxelles, le 25 août 1924 (Bruxelles, 23 février 1968) («Règles de Visby»).

Protocole portant modification de la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance du 25 août 1924, telle qu'amendée par le Protocole de modification du 23 février 1968 (Bruxelles, 21 décembre 1979).

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 324, 482 (mod. par DORS/90-846, art. 18, 19).

JURISPRUDENCE

DISTINCTION FAITE AVEC:

Vita Food Products, Incorporated v. Unus Shipping Co., Ltd., [1939] A.C. 277 (P.C.).

DÉCISIONS CITÉES:

Atlantic Consolidated Foods Ltd. c. Le Doroty, [1979] 1 C.F. 283 (1^{re} inst.); conf. par [1981] 1 C.F. 783; (1980), 35 N.R. 160 (C.A.); *Bonython, John Lavington v. Commonwealth of Australia*, [1951] A.C. 201 (P.C.); *Tropwood A.G. et autres c. Sivaco Wire & Nail Co. et autres*, [1979] 2 R.C.S. 157; (1979), 99 D.L.R. (3d) 235; 10 C.P.C. 9; 26 N.R. 313.

DOCTRINE

Carver's Carriage by Sea, vol. 2, 13th ed., London: Stevens & Sons, 1982.

Castel, J.-G., *Canadian Conflict of Laws*, 2nd ed., Toronto: Butterworths, 1986.

Dicey and Morris on the Conflict of Laws, Vol. 2, 10th ed., London: Stevens & Sons Ltd., 1980.

Scrutton on Charterparties and Bills of Lading, 19th ed. by Mocatta et al., London: Sweet & Maxwell, 1984. ^a

Tetley, William, *Marine Cargo Claims*, 3rd ed., Toronto: Butterworths, 1988.

COUNSEL:

Vincent M. Prager and Mireille A. Tabib for plaintiff. ^b

Peter W. Davidson for defendants.

SOLICITORS:

Stikeman, Elliott, Montréal, for plaintiff.

Brisset Bishop, Montréal, for defendants.

The following are the reasons for judgment rendered in English by ^d

STRAYER J.:

Relief Sought

This is an action for damages for loss suffered by the plaintiff as owner of an articulated "bus frame" arising out of its shipment on the vessel *Federal Calumet* from Antwerp, Belgium to Toronto. The defendants are the vessel, its owners, operators, managers and charterers who were the joint carriers of the bus frame. This appears, from photographs put in evidence, to have been the chassis of an articulated bus together with an attached body in an unfinished condition. ^f

The parties filed a statement of agreed facts at the beginning of the trial with the result that the issues were very considerably narrowed. It is agreed that the plaintiff was owner of the bus frame and that it was damaged while being transported on board the vessel *Federal Calumet*. The loss is agreed to be \$86,455. The bill of lading for the carriage of the bus frame was issued at Hamburg, Germany, on October 5, 1985 and was filed as an exhibit by agreement. The bus frame, of Hungarian manufacture, was loaded on the *Federal Calumet* at Antwerp, Belgium and was unloaded at Toronto on October 25, 1985. ^h

Castel, J.-G., *Canadian Conflict of Laws*, 2nd ed., Toronto: Butterworths, 1986.

Dicey and Morris on the Conflict of Laws, Vol. 2, 10th ed., London: Stevens & Sons Ltd., 1980.

Scrutton on Charterparties and Bills of Lading, 19th ed. by Mocatta et al., London: Sweet & Maxwell, 1984.

Tetley, William, *Marine Cargo Claims*, 3rd ed., Toronto: Butterworths, 1988.

AVOCATS:

Vincent M. Prager et Mireille A. Tabib pour la demanderesse.

Peter W. Davidson pour les défendeurs.

PROCUREURS:

Stikeman, Elliott, Montréal, pour la demanderesse. ^c

Brisset Bishop, Montréal, pour les défendeurs.

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

LE JUGE STRAYER:

Redressement demandé ^e

Il est question dans cette affaire d'une action en dommages-intérêts pour la perte subie par la demanderesse en tant que propriétaire d'un «châssis d'autobus» articulé expédié sur le navire *Federal Calumet* d'Anvers (Belgique) à Toronto. Les défendeurs sont le navire et ses propriétaires, exploitants, gestionnaires et affréteurs qui étaient les co-transporteurs du châssis d'autobus. Il semble, d'après des photographies qui ont été produites comme preuve, qu'il s'agissait du châssis d'un autobus articulé, supportant une carrosserie non finie. ^f

Les parties ont produit un exposé conjoint des faits au début de l'audience, ce qui a eu pour effet de réduire considérablement les points en litige. Il est reconnu que la demanderesse était propriétaire du châssis d'autobus et que celui-ci a été endommagé lors de son transport à bord du navire *Federal Calumet*. Il est reconnu également que la perte s'élève à 86 455 \$. Le connaissance relatif au transport du châssis d'autobus a été délivré à Hambourg (Allemagne) le 5 octobre 1985 et a été produit comme pièce avec l'accord des parties. Le châssis, de fabrication hongroise, a été chargé à bord du *Federal* ^h

The defendants do not dispute that they failed to load, handle, stow, carry, etc. the bus frame properly and carefully.

Issues

The matters in dispute relate to the regime of law limiting the liability of the carriers and their responsibility under the relevant limitation, together with the amount of interest to which the plaintiff is entitled.

With respect to the relevant system of law, the main options appear to be the Hague Rules, 1924¹ or the Hague-Visby Rules.² In their agreed statement of facts the parties agree as follows:

11. Under the Laws of Belgium, The Hague Rules, as amended by the Visby Rules (the "Hague/Visby Rules"), as attached, were compulsorily applicable to shipments from Belgium, or loaded at a Belgian Port in October 1985;

12. Under the Laws of Germany, the Hague Rules were compulsorily applicable *inter alia* to shipments covered by a Bill of Lading issued in Germany in October of 1985; the equivalent of £100 in article 4 Rule 5 was, under the Laws of Germany, 1250 Deutsche Mark without reference to gold value; . . .

It will be noted that because the bill of lading was issued in Hamburg it is arguable that the Hague Rules apply, but because the bus was shipped from Antwerp the Hague-Visby Rules arguably apply. Further, as will be seen below, paragraph 3 of the bill of lading is somewhat ambiguous on a purported choice of law as between these two sets of rules and paragraph 18 thereof purports to alter the Hague-Visby Rules if

¹ International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading, Brussels, August 25, 1924.

² The Hague Rules, *ibid*, as amended by the Protocol to Amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading, Brussels, February 23, 1968, which has been in turn amended by the Protocol Amending the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading (August 25, 1924 as amended by the Protocol of February 23, 1968), Brussels, December 21, 1979.

Calumet à Anvers (Belgique) et déchargé à Toronto, le 25 octobre 1985.

Les défendeurs ne contestent pas qu'elles ont négligé de charger, manutentionner, arrimer, transporter, etc. convenablement et avec soin le châssis d'autobus.

Les points en litige

Les points contestés ont trait au régime de lois qui limite la responsabilité des transporteurs en vertu de la limitation applicable, ainsi que le montant des intérêts auxquels la demanderesse a droit.

En ce qui concerne le régime de lois applicable, les principales options semblent être les Règles de La Haye de 1924¹ ou les Règles de La Haye-Visby². Dans leur exposé conjoint des faits, les parties reconnaissent ce qui suit:

[TRADUCTION] 11. En vertu des lois de la Belgique, les Règles de La Haye, telles que modifiées par les Règles de Visby (ci-après appelées les «Règles de La Haye-Visby»), ci-jointes, s'appliquaient obligatoirement aux cargaisons en provenance de la Belgique ou embarquées dans un port belge en octobre 1985;

12. En vertu des lois de l'Allemagne, les Règles de La Haye s'appliquaient obligatoirement, notamment, aux cargaisons visées par un connaissement délivré en Allemagne en octobre 1985; la somme de 100 £ précisée à la règle 5 de l'article 4 équivalait, selon les lois de l'Allemagne, à 1 250 deutsche marks sans référence à la valeur en or; . . .

Il est à noter que comme le connaissement a été délivré à Hambourg, on peut soutenir que les Règles de La Haye s'appliquent; cependant, comme l'autocar a été expédié d'Anvers, on peut aussi soutenir que ce sont les Règles de La Haye-Visby qui s'appliquent. En outre, comme nous le verrons plus loin, le paragraphe 3 du connaissement est quelque peu ambigu pour ce qui est de déterminer laquelle de ces deux

¹ La Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement, Bruxelles, le 25 août 1924.

² Les Règles de La Haye, *ibidem*, telles qu'amendées par le Protocole modificatif de la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement, Bruxelles, le 23 février 1968, lequel protocole a été amendé à son tour par le Second protocole portant modification de la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement (du 25 août 1924, tel qu'amendé par le Protocole modificatif du 23 février 1968), Bruxelles, le 21 décembre 1979.

they apply. Which set of rules applies—Hague, Hague-Visby, or either one as modified by paragraph 18 of the bill of lading—will effect the outcome because of the respective limits of liability in each of these instruments. By Article 4, section 5 of the Hague Rules, liability of the carrier was limited to £100 per package or unit or the equivalent of that sum in other currency, unless the nature and (higher) value of the goods had been declared by the shipper before shipment and inserted in the bill of lading. By Article 4, subparagraph 5(a) of the Hague Rules as amended by the Hague-Visby Rules [Article 2] and further amended by the Brussels Protocol of 1979 [Article II],³ the provision which would be applicable if the Hague-Visby Rules govern a situation, it is provided:

Article 4

5. . . .

a) Unless the nature and value of such goods have been declared by the shipper before shipment and inserted in the bill of lading, neither the carrier nor the ship shall in any event be or become liable for any loss or damage to or in connection with the goods in an amount exceeding 666,67 units of account per package or unit or 2 units of account per kilogramme of gross weight of the goods lost or damaged, whichever is the higher.

As I understand it, the parties have agreed that the value of a unit of account in Canadian currency on October 25, 1985, was \$1.455671.

However, paragraph 18 of the bill of lading seemingly purports to modify the limits on liability imposed by the Hague-Visby Rules by providing as follows:

18. In case of any loss to or in connection with goods exceeding in actual value \$500 per package lawful money of the United States or in case of goods not shipped in packages per customary freight unit, the value of the goods shall be deemed to be \$500 per package or per freight unit, on which basis the freight is adjusted and the Carrier's liability, if any, shall be determined on the basis of a value of \$500 per package or per

³ *Ibid.*

séries de règles prévaut, et le paragraphe 18 vise à modifier les Règles de La Haye-Visby si ce sont elles qui s'appliquent. Le fait de déterminer celle des deux séries de règles qui s'applique—les Règles de La Haye, les Règles de La Haye-Visby ou l'une ou l'autre modifiée par le paragraphe 18 du connaissement—aura une incidence sur l'issue de l'affaire à cause des limites de responsabilité que comporte chacun de ces instruments. Selon le paragraphe 5 de l'Article 4 des Règles de La Haye, la responsabilité du transporteur se limitait à 100 £ par colis ou unité, ou l'équivalent de cette somme en une autre monnaie, à moins que la valeur (supérieure) et la nature des marchandises n'aient été déclarées par le chargeur avant leur embarquement et que cette déclaration ait été insérée au connaissement. L'alinéa 5a) de l'Article 4 des Règles de La Haye, telles que modifiées par les Règles de La Haye-Visby [Article 2] et ensuite par le Protocole de Bruxelles de 1979 [Article II], la disposition qui s'appliquerait si ce sont les Règles de La Haye-Visby qui régissent la situation, est libellé en ces termes:

Article 4

5. . . .

a) À moins que la nature et la valeur des marchandises n'aient été déclarées par le chargeur avant leur embarquement et que cette déclaration ait été insérée dans le connaissement, le transporteur, comme le navire, ne seront en aucun cas responsables des pertes ou dommages des marchandises ou concernant celles-ci pour une somme supérieure à 666,67 unités de compte par colis ou unité, ou 2 unités de compte par kilogramme de poids brut des marchandises perdues ou endommagées, la limite la plus élevée étant applicable.

D'après ce que j'ai compris, les parties ont convenu que la valeur d'une unité de compte en monnaie canadienne, le 25 octobre 1985, était de 1,455671 \$.

Cependant, le paragraphe 18 du connaissement vise apparemment à modifier les limites de responsabilité qu'imposent les Règles de La Haye-Visby en énonçant ce qui suit:

[TRADUCTION] 18. En cas de pertes de marchandises ou concernant celles-ci, d'une valeur réelle de 500 \$ par colis en monnaie légale des États-Unis, ou au cas où les marchandises ne sont pas expédiées en colis par unité de fret habituelle, la valeur des dites marchandises est réputée être de 500 \$ par colis ou par unité de fret, soit la base de rajustement du fret, et la responsabilité du transporteur, si responsabilité il y a, sera

³ *Ibid.*

customary freight unit, unless the nature of the goods and a valuation higher than \$500 shall have been declared in writing by the shipper upon delivery to the carrier and inserted on this Bill of Lading and extra freight paid as required and in such case if the actual value of the goods per package or per customary freight unit shall exceed such declared value, the value shall nevertheless be deemed to be the declared value and the Carrier's liability, if any, shall not exceed such declared value.

Whenever this Bill of Lading is not subject to the United States Carriage of Goods by Sea Act, the amount of any like limitation per package or, if the goods are not shipped in packages, per customary freight unit, as stated in the Hague or Hague Visby Rules, whichever applies to this contract of carriage pursuant to clause 3 hereof, shall be substituted in the place and stead of the aforementioned \$500 amount or limitation but the foregoing in all other respects to remain identical.

What I understand this to mean is that if the Hague-Visby Rules apply the monetary limit would only be the per package or unit limitation, namely 666.67 units of account (which I calculate to have had a value of (Canadian) \$970.45 on the date of discharge of the cargo); that is, paragraph 18 purports to eliminate the limitation based on weight of two units per kilogramme, which counsel for the plaintiff says would raise the limit of liability to some \$30,860.

Another potential difference in the amount of liability, depending on the Rules to be applied, arises from the provisions of Article 4, subparagraph 5(e) of the Hague-Visby Rules which has no counterpart in the Hague Rules and which reads as follows:

Article 4

5. . . .

e) Neither the carrier nor the ship shall be entitled to the benefit of the limitation provided for in this paragraph if it is proved that the damage resulted from an act or omission of the carrier done with intent to cause damage, or recklessly and with knowledge that damage would probably result.

While the plaintiff does not suggest that the carriers acted with intent to cause damage, it does allege that the carriers acted recklessly and with knowledge that damage would probably result. If the plaintiff can establish this, then the defendants cannot rely on the

fixée en prenant pour base une valeur de 500 \$ par colis ou par unité de fret habituelle, à moins que la nature des marchandises et une valeur supérieure à 500 \$ n'aient été déclarées par écrit par le chargeur au moment de leur remise au transporteur, que cette déclaration ait été insérée dans le présent connaissement et que le fret supplémentaire ait été payé de la manière exigée; dans ce cas, si la valeur réelle des marchandises par colis ou par unité de fret habituelle excédait cette valeur déclarée, cette dernière sera néanmoins réputée être la valeur déclarée et la responsabilité du transporteur, si responsabilité il y a, n'excèdera pas cette valeur.

Dans tous les cas où le présent connaissement n'est pas soumis à la *Carriage of Goods by Sea Act* des États-Unis, le montant de toute limitation du genre par colis ou, si les marchandises ne sont pas expédiées en colis, par unité de fret habituelle, ainsi qu'il est indiqué dans les Règles de La Haye ou de La Haye-Visby, suivant celles qui s'appliquent au présent contrat de transport en vertu de la clause 3 des présentes, sera substitué à la somme ou à la limite de 500 \$ susmentionnée; cependant, sous tous autres rapports, les dispositions qui précèdent demeureront identiques.

Cela signifie, selon moi, que si ce sont les Règles de La Haye-Visby qui s'appliquent, la limite monétaire ne serait que la limite par colis ou par unité, soit 666,67 unités de compte (qui, selon mes calculs, valaient 970,45 \$ (Can) à la date du débarquement de la cargaison); c'est-à-dire que le paragraphe 18 vise à supprimer la limite, basée sur le poids, de deux unités par kilogramme, ce qui, d'après l'avocat de la demanderesse, élèverait la limite de responsabilité à 30 860 \$ environ.

Le montant de responsabilité comporte une autre différence possible, qui dépend des règles qu'il faut appliquer; celle-ci découle des dispositions de l'alinéa 5e) de l'Article 4 des Règles de La Haye-Visby, qui n'a pas d'équivalent dans les Règles de La Haye et qui prescrit ce qui suit:

Article 4

h 5. . . .

e) Ni le transporteur, ni le navire n'auront le droit de bénéficier de la limitation de responsabilité établie par ce paragraphe s'il est prouvé que le dommage résulte d'un acte ou d'une omission du transporteur qui a eu lieu, soit avec l'intention de provoquer un dommage, soit témérairement, et avec conscience qu'un dommage en résulterait probablement.

La demanderesse ne laisse pas entendre que les transporteurs ont agi avec l'intention de provoquer un dommage, mais elle allègue qu'ils ont agi témérairement et avec conscience qu'un dommage en résulterait probablement. Si la demanderesse peut prouver

monetary limitations to liability as set out in Article 4, subparagraph 5e).

With respect to interest, the plaintiff now seeks pre-judgment interest at the rate of 11.58% per annum compounded semi-annually from the date of discharge (the parties having agreed that the weighted average prime commercial rate of interest from October 25, 1985 to April 23, 1991 was 11.58%). The plaintiff also seeks post-judgment interest compounded semi-annually, the rate to be the prime commercial rate of interest. The defendants object to compound interest being ordered and they suggest that the rate of interest should be that paid on money paid into Court.

Conclusions

Choice of Law

It is clear that this Court has the right and the duty to apply Canadian conflict of law rules as part of the *lex fori* to choose the law to govern the contract contained in the bill of lading.⁴ What is in issue here is the legality, and interpretation, of certain terms in the bill of lading. The defendants suggested that these issues should also be governed by Canadian law as part of the *lex fori*. It is true that a Canadian court could be required, by valid Canadian statutory enactment, to apply Canadian law to the validity and interpretation of such a bill of lading, but there is no such Canadian statute. The only statute in the field, *Carriage of Goods by Water Act*⁵ specifically provides for the application of rules akin to the Hague Rules, but only in respect of goods carried in ships "from any port in Canada to any other port, whether in or outside Canada". That clearly has no application in this case. But counsel for the defendants also relied on the *Vita Food* case⁶ for the proposition that the *lex fori* should apply to interpret the contract whether or not there was Canadian statutory law governing the matter, and even though the statutory laws of the state where the goods were loaded and the state

⁴ *Tropwood A.G. et al. v. Sivaco Wire & Nail Co. et al.*, [1979] 2 S.C.R. 157, at pp. 166-167.

⁵ R.S.C., 1985, c. C-27.

⁶ *Vita Food Products, Incorporated v. Unus Shipping Co., Ltd.*, [1939] A.C. 277 (P.C.).

ce qui précède, les défendeurs ne peuvent se reposer sur les limites monétaires de responsabilité qui sont énoncées à l'alinéa 5e) de l'Article 4.

En ce qui concerne la question des intérêts, la demanderesse cherche maintenant à obtenir un intérêt avant jugement au taux de 11,58 % par année composé semestriellement, à compter de la date du débarquement (les parties ont reconnu que le taux d'intérêt préférentiel moyen pondéré, entre le 25 octobre 1985 et le 23 avril 1991, était de 11,58 %). La demanderesse tente aussi d'obtenir un intérêt après jugement composé semestriellement, dont le taux serait le taux d'intérêt préférentiel. Les défendeurs s'opposent à ce que l'on ordonne un intérêt composé et considèrent que le taux d'intérêt devrait être celui qui est payé sur les fonds payés en Cour.

Conclusions

Choix de la loi applicable

Il est clair que la Cour a le droit et l'obligation d'appliquer les règles canadiennes en matière de conflit de loi dans le cadre de la *lex fori* afin de choisir la loi régissant le contrat que renferme le connaissement⁴. Le point litigieux en l'espèce est la légalité de certaines clauses du connaissement, de même que leur interprétation. Les défendeurs ont indiqué que, dans le cadre de la *lex fori*, les questions litigieuses devraient aussi être régies par la loi canadienne. Certes, un tribunal canadien pourrait être tenu, par un texte législatif canadien valide, de se fonder sur la loi canadienne pour juger de la validité d'un tel connaissement et l'interpréter; cependant, il n'existe pas de loi de ce genre au Canada. L'unique texte législatif dans ce domaine, la *Loi sur le transport des marchandises par eau*⁵, traite expressément de l'application de règles similaires à celles de La Haye, mais uniquement en ce qui a trait aux marchandises transportées par navire, «entre un port canadien et tout autre destination». Cela ne s'applique manifestement pas en l'espèce. Cependant, l'avocat des défendeurs s'est aussi fondé sur l'affaire *Vita Food*⁶ pour étayer la prétention selon laquelle la *lex fori* devrait s'appli-

⁴ *Tropwood A.G. et autres c. Sivaco Wire & Nail Co. et autres*, [1979] 2 R.C.S. 157, aux p. 166 et 167.

⁵ L.R.C. (1985), chap. C-27.

⁶ *Vita Food Products, Incorporated v. Unus Shipping Co., Ltd.*, [1939] A.C. 277 (P.C.).

where the bill of lading was issued make other rules applicable to its interpretation. Thus it was argued that Canadian common law should apply to the situation, and Canadian common law recognizes complete freedom of contract in these circumstances. As a result, on this reasoning, any limitations in liability agreed to by the parties in the bill of lading should be respected. *Vita Food* can, however, be distinguished by the fact that there the Judicial Committee of the Privy Council was able to conclude that the parties intended English law, and not the law of Newfoundland where the bill of lading was issued and the goods loaded, to be the proper law of the contract.

I must then apply common law rules for the choice of the proper law of the contract. It is well settled that where the parties have expressly or by implication chosen the proper law, this law will normally be applied to issues such as the validity of the contract. Where they have not made such a choice, the Court must choose the system of law with which the transaction has the closest connection.⁷ An intention to choose the *lex fori* as the proper law is sometimes inferred⁸ from an express choice of forum for resolution of disputes. Here the parties did by paragraph 4 of the bill of lading choose Canadian courts for any actions arising under it. But such an inference that the *lex fori* is the proper law can be readily supplanted by other indications of the parties that they intended some other system of law to govern validity and interpretation. The parties in this case clearly indicated that some other system was to apply by the language of paragraph 3 of the bill of lading although their precise choice is far from clear. Paragraph 3 provides as follows:

quer pour interpréter le contrat, qu'une loi canadienne régit ou non l'affaire, et ce, même si les lois de l'État où les marchandises ont été embarquées et celles de l'État où le connaissement a été délivré font que d'autres règles s'appliquent pour ce qui est de son interprétation. On a ainsi fait valoir que la common law canadienne devrait s'appliquer à la situation en question, et la common law canadienne reconnaît l'existence d'une liberté de contrat complète dans ces circonstances. Il s'ensuit, selon ce raisonnement, qu'il faudrait respecter toute limite de responsabilité fixée par les parties dans le connaissement. Il est toutefois possible d'établir une différence entre l'affaire *Vita Food* et la présente espèce: le Comité judiciaire du Conseil privé a en effet pu conclure que les parties envisageaient que la loi pertinente régissant le contrat était la loi anglaise et non celle de Terre-Neuve, où le connaissement avait été délivré et les marchandises avaient été embarquées.

Il me faut donc appliquer les règles de la common law pour déterminer quelle loi régit le contrat. Il est un principe bien établi que dans les cas où les parties ont expressément ou implicitement choisi la loi pertinente, c'est habituellement sur celle-ci que l'on se fondera pour trancher des questions telles que la validité du contrat. Lorsque les parties n'ont pas fait un tel choix, la Cour doit déterminer le système de lois auquel la transaction en question est le plus étroitement liée⁷. Une intention de choisir la *lex fori* comme loi pertinente se déduit⁸ parfois du choix explicite du tribunal qui tranchera les litiges. Dans la présente espèce, les parties, de par le paragraphe 4 du connaissement, ont choisi les tribunaux canadiens pour trancher toute action pouvant être engagée en vertu du connaissement. Cependant, toute déduction selon laquelle la *lex fori* est la loi pertinente peut être facilement supplantée par d'autres indications des parties qu'elles envisageaient qu'un autre système de lois régirait la validité et l'interprétation du contrat. Les parties en l'espèce ont clairement indiqué, au paragraphe 3 du connaissement, qu'un autre système devait s'appliquer, encore que leur choix exact soit loin d'être clair. Le paragraphe 3 en question est le suivant:

⁷ See e.g. J.-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws* (2nd ed. 1986), at pp. 529-540.

⁸ *Id.*, at p. 532.

⁷ Voir par exemple J.-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws* (2^e éd. 1986), aux p. 529 à 540.

⁸ *Id.*, à la p. 532.

3. This Bill of Lading shall have effect subject to the provisions of any legislation incorporating the Rules contained in the International Convention for the Unification of certain rules relating to Bills of Lading dated Brussels, August 25th 1924 (the Hague Rules) or those Rules as amended by the Protocol signed at Brussels, February 23rd 1968 (The Hague Visby Rules) and which is compulsorily applicable to the contract of carriage contained herein. If no such legislation is compulsorily applicable, the Hague Rules or, if applicable, the Hague Visby Rules as enacted in the country of the port of loading shall apply. When no such enactment is in force in the country of the port of loading, the corresponding legislation of the country of the port of discharge shall apply and in the absence of any such legislation, the terms of the 1924 Convention as amended by the 1968 Protocol shall apply.

If I understand this paragraph correctly, the first sentence states that the bill of lading is to be governed by either the Hague Rules or the Hague-Visby Rules if such rules apply "compulsorily" to this contract of carriage. The difficulty of applying this is that both set of rules apply compulsorily to this contract of carriage as the parties themselves agreed in the statement of agreed facts: German law applies the Hague Rules compulsorily because the bill of lading was issued in Germany; and Belgian law applies the Hague-Visby Rules compulsorily because the cargo was loaded in Belgium. Therefore there is no meaningful choice of law as between German and Belgian law to be found in the first sentence. The second sentence of the paragraph is literally applicable only where there is no legislation compulsorily applying the Hague Rules or the Hague-Visby Rules. That is not the present situation: instead there exists "such legislation" in two relevant jurisdictions. Similarly, the third sentence is not strictly speaking determinative because it only applies where there is no "such enactment" in force in the country in the port of loading, whereas in fact as the parties have agreed there was legislation in Belgium, the country of the port of loading, making the Hague-Visby Rules applicable. Although the precise language of paragraph 3 does not yield a clear choice of law, I am satisfied that the parties intended the legislation incorporating the Hague-Visby Rules to apply, that is the legislation of Belgium as the law of the port of loading. While the first sentence points to both German and Belgian law, the second sentence provides in effect that if the choice is not made pursuant to the first sentence then the law chosen in the second sentence should apply if

[TRANSLATION] 3. Le présent connaissement sera exécutoire sous réserve des dispositions de toute loi intégrant les règles énoncées dans la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement, datée à Bruxelles le 25 août 1924 (les Règles de La Haye), ou les Règles amendées par le Protocole signé à Bruxelles, le 23 février 1968 (les Règles de La Haye-Visby) et qui s'appliquent obligatoirement au contrat de transport ci-inclus. En l'absence d'une telle loi, les Règles de La Haye ou, à supposer qu'elles s'appliquent, les Règles de La Haye-Visby, telles qu'adoptées dans le pays où se trouve le port d'embarquement, s'appliqueront. Lorsque aucune loi de ce genre n'est en vigueur dans le pays où se trouve le port d'embarquement, la loi correspondante du pays où se trouve le port de débarquement s'appliquera et, à défaut de toute loi de ce genre, ce sont les dispositions de la Convention de 1924, amendée par le Protocole de 1968, qui prévaudront.

Si j'interprète convenablement ce paragraphe, il est dit à la première phrase que le connaissement doit être régi soit par les Règles de La Haye soit par les Règles de La Haye-Visby, à supposer que ces règles s'appliquent «obligatoirement» au contrat de transport. La difficulté qu'il y a à appliquer cette disposition est que les deux séries de règles s'appliquent obligatoirement au contrat de transport, comme les parties elles-mêmes l'ont reconnu dans l'exposé conjoint des faits: la loi allemande applique obligatoirement les Règles de La Haye parce que le connaissement a été délivré en Allemagne; la loi belge applique obligatoirement les Règles de La Haye-Visby parce que les marchandises ont été embarquées en Belgique. La première phrase n'indique donc pas laquelle des deux lois doit être retenue. La deuxième phrase du paragraphe ne s'applique littéralement que dans les cas où aucune loi n'applique obligatoirement les Règles de La Haye ou les Règles de La Haye-Visby. Tel n'est pas le cas ici: il existe au contraire une «telle loi» dans deux pays pertinents. De la même façon, la troisième phrase n'est pas déterminante à strictement parler parce qu'elle n'est valable que dans les cas où aucune «loi de ce genre» n'est en vigueur dans le pays où se trouve le port d'embarquement, alors qu'en fait, comme les parties l'ont reconnu, il existait une telle loi en Belgique, le pays où se trouvait le port d'embarquement, ce qui fait que les Règles de La Haye-Visby sont applicables. Bien que le texte exact du paragraphe 3 ne permette pas d'effectuer un choix clair et net, je suis convaincu que les parties envisageaient que ce soit la loi intégrant les Règles de La Haye-Visby qui s'applique, c'est-à-dire la loi de la Belgique en tant que loi régis-

possible: namely, the law of the port of loading which would be Belgian law. In reaching this conclusion I am applying the rule of interpretation of contracts that where there is an ambiguity the contract should be construed *contra proferentem*.⁹ The defendants prepared this bill of lading. The choice of Belgian law favours the plaintiff and not the defendants in this case, as will be seen. It should also be noted that the choice which I attribute to the parties as described in the third sentence of paragraph 3, is that of the "Hague-Visby Rules as enacted in the country of the port of loading . . ." [Underlining added.]

Even if the choice of law were not adequately clear in paragraph 3 I would be obliged to look to the surrounding circumstances to determine with which country the transaction was most closely associated. It is generally accepted in conflict of laws rules applied by Canadian courts that a preference should be given to the law of the place of performance as the proper law, especially where the contract is made in one country for performance in another.¹⁰ Performance of the contract in this case started in Belgium where the cargo was loaded and the voyage commenced. I conclude that by applying this principle Belgian law is the proper law of the contract rather than German law. I have had no evidence on the laws of Belgium but as quoted earlier, the parties in their statement of agreed facts have stipulated that under the laws of Belgium the Hague-Visby Rules were

⁹ See e.g. *Atlantic Consolidated Foods Ltd. v. The Doroty*, [1979] 1 F.C. 283 (T.D.), at pp. 293-294, aff'd [1981] 1 F.C. 783 (C.A.); Tetley, *Marine Cargo Claims* (3rd ed., 1988) at p. 84. Although it is the rules of interpretation of the proper law of the contract which should be applied, I have no evidence as to the relevant rules of Belgian law. I must therefore presume that they are the same as in Canadian law: Castel, *supra*, note 7, at p. 145.

¹⁰ See e.g. Castel, *ibid*, at p. 539; *Carver's Carriage by Sea* (1982) vol. 2, at p. 719; *Bonython, John Lavington v. Commonwealth of Australia*, [1951] A.C. 201 (P.C.); *Dicey and Morris on the Conflict of Laws* (10th ed., 1980), at p. 771.

sant le port d'embarquement. Si la première phrase du paragraphe laisse à penser qu'il s'agit de la loi allemande ou de la loi belge, la deuxième prévoit en fait que si le choix n'est pas fait conformément à la première phrase, c'est la loi choisie dans la deuxième phrase qui devrait s'appliquer, dans la mesure du possible: il s'agirait de la loi belge, soit celle qui régit le port d'embarquement. Pour arriver à cette conclusion, j'applique la règle d'interprétation des contrats qui veut qu'en cas d'ambiguïté, il faut interpréter le contrat *contra proferentem*.⁹ Les défendeurs ont établi le connaissance. Choisir la loi belge favorise la demanderesse et non les défendeurs, comme nous le verrons. Il faut aussi faire remarquer que le choix que j'attribue aux parties, tel que décrit à la troisième phrase du paragraphe 3, est celui des «Règles de La Haye-Visby, telles qu'adoptées dans le pays où se trouve le port d'embarquement . . . » [Soulignement ajouté.]

Même si le choix de la loi applicable n'était pas suffisamment clair au paragraphe 3, je serais contraint d'examiner les circonstances entourant l'affaire pour déterminer à quel pays la transaction était la plus étroitement associée. Il est généralement reconnu dans les règles qu'appliquent les tribunaux canadiens en matière de conflit de loi qu'il faut considérer de préférence la loi qui régit le lieu d'exécution comme étant la loi pertinente, surtout lorsque le contrat est établi dans un pays pour être exécuté dans un autre¹⁰. Dans la présente espèce, le contrat a commencé à être exécuté en Belgique, où la cargaison a été embarquée et le voyage a débuté. Je conclus qu'en appliquant ce principe, c'est la loi belge qui régit le contrat, plutôt que la loi allemande. Je ne dispose d'aucun renseignement sur les lois de la Belgique, mais, ainsi qu'il a été dit plus tôt, les parties,

⁹ Voir, par exemple, l'affaire *Atlantic Consolidated Foods Ltd. c. Le Doroty*, [1979] 1 C.F. 283 (1^{re} inst.), aux p. 293 et 294, confirmée par [1981] 1 C.F. 783 (C.A.); Tetley, *Marine Cargo Claims* (3^e éd. 1988) à la p. 84. Bien que ce soit les règles d'interprétation de la loi régissant le contrat qu'il convient d'appliquer, je ne dispose d'aucun renseignement sur les règles pertinentes de la loi belge. Il me faut donc présumer que ces règles sont les mêmes que dans la loi canadienne: Castel, précité, note 7, à la p. 145.

¹⁰ Voir, par exemple, Castel, *ibid.*, à la p. 539; *Carver's Carriage by Sea* (1982) vol. 2, à la p. 719; *Bonython, John Lavington v. Commonwealth of Australia*, [1951] A.C. 201 (P.C.); *Dicey and Morris on the Conflict of Laws* (10^e éd., 1980), à la p. 771.

“compulsorily applicable to shipments from Belgium, or loaded at a Belgian port in October, 1985 . . .”

I therefore conclude that the Hague-Visby Rules apply to this bill of lading. They apply either because the parties by paragraph 3 of the bill of lading chose these Rules as enacted in Belgium, or because in all the circumstances the proper law of the contract must be seen to be Belgian law. In either case the Hague-Visby Rules are compulsorily applicable as that is the law of Belgium. This means, among other things, that the parties are not at liberty to vary those Rules except as the Rules themselves contemplate.

Effect on Liability of the Defendants

One consequence of the Hague-Visby Rules governing the validity and effect of the bill of lading is that there is a potential, under Article 4, subparagraph 5e), as quoted above, for liability of the carriers to be unlimited if, as the plaintiff alleges, they acted “recklessly and with knowledge that damage would probably result.” To establish this the plaintiff must meet a high standard of proof.¹¹ I am not satisfied that the evidence demonstrates that the defendants acted “recklessly and with knowledge that damage would probably result.” Each party called a marine surveyor as sole witness. Each of them had inspected the damaged bus frame in the vessel upon its arrival in Toronto. There was conflicting evidence as to whether vehicles would commonly be damaged if loaded, as this bus frame was loaded, athwartships and on top of a shipment of steel prone to settling. While the evidence of the witness for the plaintiff was more persuasive in this respect, neither witness was produced as an expert. No expert affidavit had been submitted by either of them as required by Rule 482 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663 (as am. by SOR/90-846, s. 18)] and they were not presented for acceptance by the Court as experts. While counsel for the plaintiff contended that he was entitled to use his

¹¹ See e.g. Mocatta et al., *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading* (19th ed., 1984), at p. 456.

dans leur exposé conjoint des faits, ont déclaré qu’en vertu des lois de la Belgique les Règles de La Haye-Visby «s’appliquaient obligatoirement aux cargaisons en provenance de la Belgique, ou embarquées dans un port belge en octobre 1985 . . . »

Je conclus donc que les Règles de La Haye-Visby s’appliquent au connaissement dont il est question en l’espèce, et ce, soit parce que les parties, au paragraphe 3 du connaissement, ont choisi les Règles adoptées en Belgique, soit parce que, en toutes circonstances, la loi régissant le contrat doit être la loi belge. Dans un cas comme dans l’autre, les Règles de La Haye-Visby s’appliquent obligatoirement, car telle est la loi belge. Cela signifie notamment que les parties n’ont pas le droit de modifier ces Règles, exception faite de ce qu’envisagent les Règles elles-mêmes.

Effet de la conclusion sur la responsabilité des défendeurs

Une conséquence du fait que ce sont les Règles de La Haye-Visby qui régissent la validité et l’effet du connaissement est qu’il est possible, en vertu de l’alinéa 5e) de l’Article 4 cité ci-dessus, que la responsabilité des transporteurs soit illimitée si, comme l’allègue la demanderesse, ils ont agi «témérement et avec conscience qu’un dommage en résulterait probablement». La demanderesse, pour établir la validité de sa prétention, doit satisfaire à un niveau élevé de preuve¹¹. Je ne suis pas convaincu que la preuve établit que les défendeurs ont agi «témérement et avec conscience qu’un dommage en résulterait probablement». Chaque partie a appelé un évaluateur maritime comme seul témoin. Chacun des évaluateurs avait inspecté le châssis d’autobus endommagé dans le navire, au moment de son arrivée à Toronto. Leur témoignage a été contradictoire quant au fait de savoir si des véhicules seraient normalement endommagés s’ils étaient placés, comme l’a été le châssis d’autobus, en travers du navire et sur un chargement d’acier susceptible de se tasser. Si les observations du témoin de la demanderesse ont été plus convaincantes à cet égard, aucun des deux témoins n’a été présenté comme expert. Ni l’un ni l’autre n’a produit un affidavit d’expert, comme l’exige la Règle 482

¹¹ Voir, par exemple, Mocatta et autres, *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading* (19^e éd., 1984), à la p. 456.

witness as an expert to rebut the evidence of the witness for the defendants, pursuant to paragraph 482(5) [as am. *idem*, s. 19] of the *Federal Court Rules* allowing expert evidence in rebuttal without a previous affidavit, I cannot accept the evidence on that basis. At no time was the Court asked to qualify this witness as an expert and counsel for the defendants was not heard on that subject. All I can conclude is that there was negligence in the way the bus frame was loaded or carried. I am not in a position to conclude that it was so apparent that damage to the bus frame would result that the defendants can be said to have acted "recklessly" or "with knowledge that damage would probably result."

Without further complications, then, the relevant limits on the defendants' liability would be those set out in Article 4, subparagraph 5e) of the Hague-Visby Rules as amended by the Brussels Protocol of 1979 as quoted above. Those limits would be either 666.67 units of account per package or unit (there being one unit here) or two units of account per kilogramme of gross weight of the goods lost, whichever is the higher. The first basis for calculation would yield a limitation, by my calculation, of \$970.45 representing 666.67 units of account whose value on October 25, 1985 was \$1,455,671. Calculated on the second basis, by weight, I am advised by counsel for the plaintiff (I do not know the weight of the bus) that the limitation would be some \$30,860.20. Obviously the calculation by weight produces the higher limitation and that is the one which would apply by the strict application of the Hague-Visby Rules.

The defendants, however, contend that paragraph 18 of the bill of lading, as quoted above, represents an agreement that the Hague-Visby Rules if otherwise applicable should be modified so as to impose the per package or per unit limitation alone, without the option of the calculation of value per kilogramme.

[*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663 (mod. par DORS/90-846, art. 18), et ils n'ont pas été présentés pour acceptation par la Cour en tant qu'experts. L'avocat de la demanderesse a soutenu qu'il était autorisé à recourir à son témoin comme expert pour réfuter les déclarations du témoin des défendeurs, conformément au paragraphe 482(5) [mod., *idem*, art. 19] des *Règles de la Cour fédérale*, lequel permet d'admettre la preuve par réputation d'un expert sans affidavit antérieur, mais je ne puis accepter son témoignage sur cette base. À aucun moment a-t-il été demandé à la Cour d'accepter ce témoin comme expert, et l'avocat des défendeurs n'a pas été entendu sur la question. Tout ce que je puis conclure c'est qu'il y a eu négligence dans la façon dont le châssis d'autobus a été embarqué ou transporté. Je ne suis pas en mesure de conclure qu'il était à ce point évident que le châssis d'autobus serait endommagé que l'on peut dire que les défendeurs ont agi «témérairement» ou «avec conscience qu'un dommage en résulterait probablement».

Sans autres complications, donc, les limites de responsabilité des défendeurs seraient celles qui sont énoncées à l'alinéa 5e) de l'Article 4 (précité) des Règles de La Haye-Visby, telles qu'amendées par le Protocole de Bruxelles de 1979. Ces limites seraient soit 666,67 unités de compte par colis ou unité (nous avons affaire ici à une seule unité), soit deux unités de compte par kilogramme de poids brut des marchandises perdues, la limite la plus élevée étant applicable. La première base de calcul donnerait, selon moi, une limite de 970,45 \$ représentant 666,67 unités de compte dont la valeur, le 25 octobre 1985, était de 1,455,671 \$. Selon la seconde base de calcul, c'est-à-dire d'après le poids, l'avocat de la demanderesse (je ne connais pas le poids de l'autobus) m'a dit que la limite s'élèverait à 30 860,20 \$ environ. De toute évidence, c'est la seconde base de calcul, c'est-à-dire d'après le poids, qui donne la limite la plus élevée et, si l'on appliquait strictement les Règles de La Haye-Visby, c'est cette limite qui prévaudrait.

Cependant, les défendeurs soutiennent que le paragraphe 18 du connaissement (précité) représente une entente selon laquelle les Règles de La Haye-Visby, à supposer qu'elles sont applicables par ailleurs, devraient être modifiées de manière à n'imposer que la limite fixée par colis ou par unité, sans l'option du

I have concluded that paragraph 18 cannot validly be given this effect. It is the proper law of the contract which governs the validity of contractual clauses limiting liability.¹² The proper law of the contract is Belgian law and Belgian law compulsorily applies the Hague-Visby Rules to this bill of lading. Article 3, paragraph 8 of those Rules provides:

Article 3

8. Any clause, covenant, or agreement in a contract of carriage relieving the carrier or the ship from liability for loss or damage to, or in connexion [*sic*] with, goods arising from negligence, fault, or failure in the duties and obligations provided in this Article or lessening such liability otherwise than as provided in this Convention, shall be null and void and of no effect. A benefit of insurance in favour of the carrier or similar clause shall be deemed to be a clause relieving the carrier from liability.

(It will be noted that Article 3, paragraph 2 creates the liability of the carrier and Article 4, subparagraph 5a) provides the normal limitation of that liability.) It appears to me that one of the fundamental purposes of the Hague-Visby Rules is to protect both carriers and shippers: carriers are protected from undue liability by the limits stated in the Hague-Visby Rules which can be modified upward only if the shipper declares a higher value and is prepared to pay higher rates; and the shipper is protected by provisions such as Article 3, paragraph 8 from being excluded from the level of recovery provided by those Rules by means of some obscure provision in the bill of lading which is normally drafted by the carrier.

Even if the prohibition against such a limitation of liability did not apply compulsorily by virtue of Belgian law to this transaction, I would interpret the bill of lading so as not to impose such a limit. As drafted there is an ambiguity in the bill of lading as between the provisions of paragraph 3 and the provisions of paragraph 18. Paragraph 3 purports to make applicable either the Hague Rules or the Hague-Visby Rules and makes the bill of lading "subject to" the legisla-

¹² *Castel, supra*, note 7, at pp. 550-551.

calcul de la valeur au kilogramme. J'ai conclu que l'on ne peut donner cet effet au paragraphe 18. C'est la loi pertinente auquel le contrat est soumis qui régit la validité des clauses contractuelles limitant la responsabilité des parties¹². La loi en question est la loi belge, et celle-ci applique obligatoirement les Règles de La Haye-Visby au connaissement. Voici ce qui est indiqué au paragraphe 8 de l'Article 3 de ces Règles:

Article 3

8. Toute clause, convention ou accord dans un contrat de transport exonérant le transporteur ou le navire de responsabilité pour perte ou dommage concernant des marchandises provenant de négligence, faute ou manquement aux devoirs ou obligations édictées dans cet article ou atténuant cette responsabilité autrement que ne le prescrit la présente Convention, sera nulle, non avenue et sans effet. Une clause cédant le bénéfice de l'assurance au transporteur ou toute clause semblable sera considérée comme exonérant le transporteur de sa responsabilité.

(Il est à noter que le paragraphe 2 de l'Article 3 crée la responsabilité du transporteur et l'alinéa 5a) de l'Article 4 prescrit la limitation normale de cette responsabilité.) Il m'apparaît que l'un des objets fondamentaux des Règles de La Haye-Visby est d'assurer la protection des transporteurs et des chargeurs: les transporteurs sont protégés contre toute responsabilité déraisonnable par les limites énoncées dans les Règles de La Haye-Visby, limites qui ne peuvent être modifiées à la hausse que si le chargeur déclare une valeur plus élevée et est disposé à payer des taux supérieurs; le chargeur, quant à lui, est protégé, par des dispositions comme le paragraphe 8 de l'Article 3, contre le fait d'être exclu du niveau de recouvrement prévu par ces règles par suite de quelque obscure disposition du connaissement, qu'établit habituellement le transporteur.

Même si l'interdiction relative à une telle limitation de responsabilité ne s'appliquait pas obligatoirement en vertu de la loi belge à cette transaction, je considérerais que le connaissement n'impose pas une telle limite. Le connaissement, dans la forme où il est rédigé, est ambigu, en ce sens qu'il existe une différence entre les dispositions du paragraphe 3 et celles du paragraphe 18. Selon le premier de ces deux paragraphes, les deux séries de règles, soit celles de La

¹² *Castel, précité*, note 7, aux p. 550 et 551.

tion incorporating those rules or states that the rules "as enacted . . . shall apply". Both sets of rules contain the clause prohibiting further limitation of liability. Yet paragraph 18 purports to modify those Rules. As I observed before bills of lading, like other contracts, must be construed *contra proferentem*, that is against those who drafted them. As the defendants drafted this bill of lading any inconsistency between paragraph 3 and paragraph 18 must be interpreted against them and in favour of the plaintiff, meaning that the limitation purportedly imposed by paragraph 18 cannot stand against the acceptance by the parties in paragraph 3 of the application of the Hague Rules or the Hague-Visby Rules which preclude such limitations.

The plaintiff is therefore entitled to judgment based on the limits of liability prescribed in Article 4, subparagraph 5a) of the Hague-Visby Rules as amended by the Brussels Protocol of 1979. I will leave it to counsel to prepare formal judgment with the correct calculation based on two units of account per kilogramme of gross weight of the cargo in question.

With respect to interest, this is a matter within my discretion. After considering all the circumstances I am awarding the plaintiff pre-judgment interest at the rate of 11.58% per annum, the rate agreed by the parties as being the "weighted average prime commercial rate of interest from October 25, 1985 to April 23, 1991". This interest will be compounded semi-annually as requested by the plaintiff. This pre-judgment interest will run from the date of discharge, October 25, 1985, up to and including the date of these reasons. Interest after that date will be payable at the rate of interest paid on money paid into the Federal Court and subject to such rules for compounding as apply to monies so paid into Court. I am choosing the date of reasons as the date of change in the rate of interest because the date of formal judgment is as yet unknown, and I have applied the interest rate for money paid into Court for future interest because there is an established method of calculation for it. The plaintiff is entitled to costs, the defendant

Haye ou celles de La Haye-Visby, sont applicables et le connaissance est soumis à la loi où ces règles sont intégrées ou prescrit que les règles «telles qu'adoptées . . . s'appliqueront». La clause qui interdit de limiter davantage la responsabilité figure dans les deux séries de règles. Toutefois, le paragraphe 18 vise à modifier ces règles. Comme je l'ai fait remarquer plus tôt, les connaissances, à l'instar d'autres contrats, doivent être interprétés *contra proferentem*, c'est-à-dire à l'encontre de ceux qui les ont rédigés. Comme ce sont les défendeurs qui ont rédigé le connaissance, toute différence entre le paragraphe 3 et le paragraphe 18 doit être interprétée en leur défaveur et en faveur de la demanderesse, ce qui signifie que la limite que vise à imposer le paragraphe 18 ne peut résister à l'acceptation par les parties, au paragraphe 3, que ce sont les Règles de La Haye ou les Règles de La Haye-Visby, lesquelles interdisent de telles limites, qui s'appliquent.

La demanderesse a donc droit à un jugement reposant sur les limites de responsabilité prescrites à l'alinéa 5a) de l'Article 4 des Règles de La Haye-Visby, telles qu'amendées par le Protocole de Bruxelles de 1979. Je laisse à l'avocat le soin d'établir le jugement officiel qui comprendra les calculs exacts, en prenant pour base deux unités de compte par kilogramme de poids brut des marchandises en question.

La question des intérêts est un point pour lequel je puis user de mon pouvoir discrétionnaire. Après avoir considéré toutes les circonstances, j'accorde à la demanderesse un intérêt avant jugement au taux de 11,58 % par année, soit le taux reconnu par les parties comme étant le «taux d'intérêt préférentiel moyen pondéré du 25 octobre 1985 au 23 avril 1991». Cet intérêt sera composé semestriellement, comme la demanderesse l'a demandé. Cet intérêt avant jugement courra à partir de la date de débarquement, soit le 25 octobre 1985, jusqu'à la date des présents motifs inclusivement. Après cette date, l'intérêt correspondra au taux d'intérêt payé sur les fonds payés en Cour fédérale, sous réserve des règles applicables. J'ai choisi la date des motifs comme date de changement du taux d'intérêt parce qu'on ne connaît pas encore la date du jugement officiel, et j'ai utilisé le taux d'intérêt applicable aux fonds payés en Cour pour l'intérêt futur parce qu'il existe pour cela une méthode de calcul établie. La demanderesse a droit à

having conceded this if I should conclude that the relevant limitation of liability was that based on weight of the bus frame.

I hereby request counsel for the plaintiff to prepare a draft judgment and to seek the consent of counsel for the defendants as to form. If possible, application for approval of the formal judgment should be made in writing under Rule 324 but if necessary counsel can speak to the matter at a later date.

ses dépens, ce qu'ont concédé les défendeurs si j'en venais à conclure que la limitation de responsabilité applicable était fondée sur le poids du châssis d'autobus.

^a Je demande par les présentes à l'avocat de la demanderesse d'établir un projet de jugement et d'obtenir le consentement de l'avocat des défendeurs quant à la forme de ce projet. Si la chose est possible, ^b la demande d'autorisation du jugement officiel devrait être faite par écrit en vertu de la Règle 324, mais s'il le faut, l'avocat pourra présenter ses observations orales à une date ultérieure.

T-2230-89

T-2230-89

Edelbert Tetzlaff and Harold Tetzlaff (Applicants)**Edelbert Tetzlaff et Harold Tetzlaff (requérants)**

v.

c.

Minister of the Environment (Respondent)**a** **Ministre de l'Environnement (intimé)**

and

et

Saskatchewan Water Corporation (Intervener)**b** **Saskatchewan Water Corporation (intervenante)***INDEXED AS: TETZLAFF v. CANADA (MINISTER OF THE ENVIRONMENT) (T.D.)**RÉPERTORIÉ: TETZLAFF c. CANADA (MINISTRE DE L'ENVIRONNEMENT) (1re INST.)*

Trial Division, Muldoon J.—Winnipeg, September 11; Ottawa, September 30, 1991.

c Section de première instance, juge Muldoon—Winnipeg, 11 septembre; Ottawa, 30 septembre 1991.

Environment — Motion for enforcement of Court order requiring panel to (1) determine whether Rafferty-Alameda Dam Project compatible with sound development of Canadian resources, economy and (2) require Saskatchewan Water Corporation to file Environmental Impact Statement — Panel submitting report to Minister day before motion returnable — Minister arguing now functus officio, issue moot — Preliminary objection denied — Current panel having replaced initial panel which resigned because Saskatchewan Water pushing project forward to nullify panel's efforts — Had Court known Saskatchewan Water's intentions, project licence would have been quashed — Panel having neglected duty to comply with the Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order and International River Improvements Act requirements — Panel failing to demand cost benefit analysis though mandatory under Regulations — Until fatal flaw remedied, panel not having reported to Minister — Motion adjourned for amendment of notice of motion in view of recent development.

d *Environnement — Requête en exécution d'une ordonnance de la Cour enjoignant à une commission (1) de déterminer si le projet de barrage Rafferty-Alameda était compatible avec le développement rationnel des ressources et de l'économie du Canada et (2) d'exiger de Saskatchewan Water Corporation qu'elle dépose un énoncé des incidences environnementales — La commission a soumis son rapport au ministre le jour avant que la requête ne dût être présentée — Le ministre prétend que cette commission est maintenant dessaisie de l'affaire et que la question est sans intérêt pratique — Rejet de l'objection préliminaire — La commission actuelle a remplacé la commission initiale qui avait donné sa démission parce que Saskatchewan Water voulait faire avancer le projet pour annuler ses efforts — Si la Cour avait connu les intentions de Saskatchewan Water, elle aurait annulé le permis relatif au projet — La commission n'a pas tenu compte de l'obligation de respecter le Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement et les exigences de la Loi sur les ouvrages destinés à l'amélioration des cours d'eau internationaux — La commission n'a pas exigé une analyse coûts-avantages bien que cela fût obligatoire en vertu du Règlement — Tant que l'on n'aura pas remédié à ce vice fatal, la commission n'a pas fait son rapport au ministre — L'audition de la requête est ajournée pour que soit modifié l'avis de requête en raison des récents événements.*

Practice — Judgments and orders — Enforcement — Application for order enforcing compliance with previous order that panel determine whether Rafferty-Alameda Dam Project compatible with sound development of resources and economy of Canada — Panel submitting report to Minister day before applicant's notice returnable — Whether filing of report sufficient compliance with previous Court order that no lis remaining and issue moot — Report failing to exact, consider and test economic analysis of direct and indirect benefit and costs of project pursuant to International River Improvements Regulations, s. 6(g) — Mandatory provisions of law not complied with — Report to Minister of no force or effect until fatal flaw remedied — Motion adjourned with applicants given leave to

e *Pratique — Jugements et ordonnances — Exécution — Demande tendant à l'obtention d'une ordonnance enjoignant de respecter l'ordonnance antérieure selon laquelle la commission devait déterminer si le projet de barrage Rafferty-Alameda était compatible avec le développement rationnel des ressources et de l'économie du Canada — La commission a soumis son rapport au ministre le jour avant que l'avis des requérants ne dût être présenté — Le dépôt du rapport constitue-t-il une observation suffisante de l'ordonnance antérieure de la Cour à tel point qu'il n'existe plus aucun litige et que la question est sans intérêt pratique? — Le rapport a omis d'exiger, d'examiner et de mettre à l'épreuve une analyse économique des avantages directs et indirects et des frais du projet conformément à l'art. 6g) du Règlement sur l'amélioration des*

amend notice of motion as to remedies sought considering unforeseen developments.

cours d'eau internationaux — Inobservation des dispositions obligatoires de la loi — Tant que l'on n'aura pas remédié au vice fatal, le rapport fait au ministre est inopérant — L'audition de la requête est ajournée pour permettre aux requérants de modifier leur avis de requête quant aux réparations qu'ils a sollicitent vu les événements imprévus.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467, ss. 30(1), 33(1)(a), 34(a). *b*
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663.
International River Improvements Act, R.S.C., 1985, c. 1-20.
International River Improvements Regulations, C.R.C., c. 982 (as am. by SOR/87-570), s. 6(g),(h). *c*

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

REFERRED TO:

Tetzlaff v. Canada (Minister of the Environment) (1991), 47 Admin. L.R. 290; 40 F.T.R. 114 (F.C.T.D.); *Tetzlaff v. Canada (Minister of the Environment)* (1991), 47 Admin. L.R. 275; 40 F.T.R. 104 (F.C.T.D.). *d*

COUNSEL:

Alan W. Scarth, Q.C., and *Gordon H. A. Mackintosh* for applicants.
Craig J. Henderson for respondent.
D. E. Gauley, Q.C., *R. G. Kennedy* and *C. Wheatley* for intervener. *f*

SOLICITORS:

Thompson, Dorfman, Sweatman, Winnipeg, and *Gowling, Strathy & Henderson*, Ottawa, for applicants. *g*
Deputy Attorney General of Canada for respondent.
Gauley & Company, Saskatoon, Saskatchewan, for intervener. *h*

The following are the reasons for order rendered in English by

MULDOON J.: Pursuant to this Court's order of February 8, 1991, in this matter, the applicants move for: *i*

1. An Order enforcing compliance with the Order issued herein February 8, 1991, (the "Order"), including *j*
- a) A direction that the three-member panel of John Archer, William J. Stolte and Roderick R. Riewe (the "Panel")

LOIS ET RÈGLEMENTS

Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467, art. 30(1), 33(1)a), 34a).
Loi sur les ouvrages destinés à l'amélioration des cours d'eau internationaux, L.R.C. (1985), chap. 1-20.
Règlement sur l'amélioration des cours d'eau internationaux, C.R.C., chap. 982 (mod. par DORS/87-570), art. 6g),h). *c*
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS CITÉES:

Tetzlaff c. Canada (Ministre de l'Environnement) (1991), 47 Admin. L.R. 290; 40 F.T.R. 114 (C.F. 1^{re} inst.); *Tetzlaff c. Canada (Ministre de l'Environnement)* (1991), 47 Admin. L.R. 275; 40 F.T.R. 104 (C.F. 1^{re} inst.). *d*

AVOCATS:

Alan W. Scarth, c.r., et *Gordon H. A. Mackintosh* pour les requérants.
Craig J. Henderson pour l'intimé.
D. E. Gauley, c.r., *R.G. Kennedy* et *C. Wheatley* pour l'intervenante. *e*

PROCUREURS:

Thompson, Dorfman, Sweatman, Winnipeg, et *Gowling, Strathy & Henderson*, Ottawa, pour les requérants.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.
Gauley & Company, Saskatoon (Saskatchewan), pour l'intervenante. *g*

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

LE JUGE MULDOON: Par suite de l'ordonnance rendue en l'espèce par cette Cour le 8 février 1991, les requérants sollicitent: *i*

1. Une ordonnance forçant le respect de l'ordonnance rendue le 8 février 1991 (l'«ordonnance»), notamment
- a) une directive selon laquelle la commission composée de trois membres, à savoir John Archer, William J. Stolte et

- shall in the course of the Public Review which the Order required it to conduct (the "Public Review"), determine whether the Rafferty-Alameda Dam Project (the "Proposal") is "compatible with a sound development of the resources and economy of Canada", in accordance with paragraph 6(h) of *International River Improvements Regulations*;
- a) A direction that the Panel require the Intervener to file an Environmental Impact Statement (the "EIS") and supporting documents, pursuant to subsection 34(a) of the *Environmental Assessment and Review Guidelines Order* SOR/84-467; that the Respondent ensure that this responsibility of the Intervener is fulfilled as required by paragraph 33(1)(a) thereof; and that the Panel issue the appropriate Guidelines under subsection 30(1) thereof;
- b) A direction that the EIS contain an "economic analysis of the direct and indirect benefit and costs of and resulting from" the Proposal in accordance with paragraph 6(g) of the *International River Improvements Regulations* (the "Benefit/Cost Analysis"), the Benefit/Cost Analysis to include an analysis of the direct and indirect costs of the Proposal in the areas of federal responsibility as well as in the areas of provincial responsibility, and an analysis of the agricultural and recreational benefits of the Proposal in light of the evidence presented to the Panel including, in particular, the evidence as to the rate of evaporation from the proposed reservoirs;
- c) A direction that the Applicant have an opportunity to consider the EIS, including the Benefit/Cost Analysis, and bring evidence before the Panel in respect thereof; and
- d) A direction in general that the Panel not conduct its Public Review on the assumption that the Proposal will be constructed and maintained as an international river improvement under the *International River Improvements Act* R.S.C., 1985, Chap I-20 (the "IRIA") and that the Panel is therefore confined in its mandate to mitigation of the environmental effects of the Proposal, but instead to conduct its Public Review with the object of determining whether the Proposal is compatible with a sound development of the resources and economy of Canada, and whether it should be constructed and maintained as an international river improvement;
- and such other direction as the Court deems appropriate;
2. In the alternative, an order in the nature of *certiorari* quashing the licence issued for the Proposal by the Respondent under the *IRIA* on August 31, 1989 on the grounds, *inter alia* that the Order and the earlier order of this Court issued December 28, 1989 have not been complied with; and
- Roderick R. Riewe (la «commission») doit, au cours de l'examen public qu'elle doit entreprendre comme l'exige l'ordonnance (l'«examen public»), déterminer si le projet de barrage Rafferty-Alameda (la «proposition») est «compatible avec le développement rationnel des ressources et de l'économie du Canada», conformément à l'alinéa 6h) du *Règlement sur l'amélioration des cours d'eau internationaux*;
- b) une directive selon laquelle la commission doit exiger que l'intervenante dépose l'énoncé des incidences environnementales (l'«ÉIE») et des documents à l'appui, comme le prévoit l'alinéa 34a) du *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*, DORS/84-467, que l'intimé s'assure que l'intervenante s'acquitte de cette responsabilité, comme l'exige l'alinéa 33(1)a) de ce décret, et que la commission établisse les directives appropriées prévues au paragraphe 30(1) de celui-ci;
- c) Une directive selon laquelle l'ÉIE contient une «analyse économique des avantages directs et indirects et des frais que comporte effectivement» la proposition et qui résulteront de ladite proposition, selon l'alinéa 6g) du *Règlement sur l'amélioration des cours d'eau internationaux* (l'«analyse avantages-coûts»), cette analyse avantages-coûts devant comprendre une analyse des coûts directs et indirects de la proposition dans les domaines de compétence fédérale comme dans les domaines de compétence provinciale, et une analyse des avantages en matière d'agriculture et de récréation de la proposition compte tenu des éléments de preuve présentés à la commission, notamment des éléments de preuve portant sur le taux d'évaporation des réservoirs projetés.
- d) une directive selon laquelle le requérant peut examiner l'ÉIE, y compris l'analyse avantages-coûts, et produire des éléments de preuve pertinents à la commission;
- e) une directive générale selon laquelle la commission ne doit pas entreprendre son examen public en tenant pour acquis que la proposition sera construite et maintenue à titre d'ouvrages destinés à l'amélioration des cours d'eau internationaux sous le régime de la *Loi sur les ouvrages destinés à l'amélioration des cours d'eau internationaux*, L.R.C. (1985), chap. I-20 (la «LODACEI»), pour se limiter donc, dans son mandat, à l'atténuation des effets environnementaux de la proposition, mais elle doit, au lieu de cela, entreprendre son examen public aux fins de déterminer si la proposition est compatible avec le développement rationnel des ressources et de l'économie du Canada, et si elle devrait être construite et maintenue à titre d'ouvrage destiné à l'amélioration d'un cours d'eau international;
- et toute autre directive que la Cour jugera appropriée;
2. Subsidiairement, une ordonnance de *certiorari* qui annulerait le permis délivré pour la proposition par l'intimé en vertu de la LODACEI le 31 août 1989, notamment au motif que l'ordonnance et l'ordonnance antérieure que cette Cour a rendue le 28 décembre 1989 n'ont pas été respectées;

3. The costs of this Application;

AND TAKE NOTICE THAT in support of this Application will be read the Affidavit of Gordon H.A. Mackintosh, filed, and such further and other evidence as counsel may advise and this Honourable Court permits.

The notice was returnable in Winnipeg on September 11, 1991. At the opening of that session, the respondent's counsel, seconded by the intervener's counsel, asserted that these proceedings are terminated because the panel (successor to the earlier, first panel) appointed by the respondent on February 5, 1991, had submitted to the respondent a printed form of report entitled "Report of the Rafferty-Alameda Project Environmental Assessment Panel." The panel, according to the respondent's counsel, had tendered such document to the Minister as recently as September 10, 1991, the day before the applicants' notice was made returnable in this Court. Counsel tendered a copy of that report which was received as an exhibit at the hearing.

The respondent's and the intervener's position is that, in so far as enforcement of the Court's previous order of February 8, 1991 is concerned, that panel is now *functus officio*, so is this Court, and the issue is accordingly moot.

The applicants' counsel asserted that the panel was rushing to file an inadequate report, as a last-ditch measure of desperation in order to avoid a proper review. It is not certain that counsel was levying those accusations at the members of the panel, but if not at them alone, then he must have been hinting at some sort of conspiracy between them and the Minister, an inference to be drawn only from proper evidence. In any event, the applicants' counsel went on to allege that the report as tendered deals with mitigation only and has nothing to say about the soundness of the project. In its deficiencies, counsel asserted, the report fulfils the dire prophecies of the Rawson Academy of Aquatic Science of March, 1991, and those of the Tetzlaffs themselves. Moreover, the applicants' counsel averred, if the panel can come in after a short number of weeks with an inadequate review, it frustrates the purpose of the review process. He stated that the Minister has been "resisting an economic review for the past three years" and "the panel has explicitly avoided" the same, but that "such

3. Les dépens de la présente demande;

ET SACHEZ QUE, à l'appui de la présente demande, il sera fait lecture de l'affidavit déposé de Gordon H.A. Mackintosh, et il en sera de même de toute autre preuve que les avocats jugent indiquée et que cette Cour autorise.

Cet avis devait être présenté à Winnipeg le 11 septembre 1991. À l'ouverture de cette session, l'avocat de l'intimé, avec l'appui de l'avocat de l'intervenante, a soutenu qu'on a mis fin à ces procédures parce que la commission (qui a succédé à la commission antérieure, la première commission) créée par l'intimé le 5 février 1991 avait soumis à ce dernier un rapport, sous forme d'un imprimé, intitulé «Rapport de la Commission d'évaluation environnementale du projet Rafferty-Alameda». Cette commission, selon l'avocat de l'intimé, avait soumis un tel document au ministre dès le 10 septembre 1991, le jour avant que l'avis des requérants ne dût être présenté devant cette Cour. L'avocat a présenté une copie de ce rapport qui constituait une pièce à l'audience.

L'intimé et l'intervenante soutiennent que, pour ce qui est de l'exécution de l'ordonnance antérieure de la Cour du 8 février 1991, cette commission est maintenant dessaisie de l'affaire, ainsi que l'est cette Cour, et que la question est en conséquence sans intérêt pratique.

L'avocat des requérants fait valoir que la commission s'est précipitée pour déposer un rapport insuffisant, dans une tentative désespérée en vue d'éviter un examen approprié. Il n'est pas certain que dans ces propos, l'avocat visait les membres de la commission, mais s'il ne s'en prenait pas seulement à eux, il doit alors avoir fait allusion à une sorte de complot entre les membres et le ministre, conclusion qu'il faut tirer seulement de la preuve appropriée. En tout état de cause, l'avocat a ajouté que le rapport, tel qu'il a été présenté, porte uniquement sur les mesures d'atténuation, et ne dit mot sur le caractère judiciaire du projet. Dans ses lacunes, le rapport répond aux prophéties sinistres de la Rawson Academy of Aquatic Science de mars 1991, et à celles des Tetzlaff eux-mêmes. De plus, selon l'avocat des requérants, si la commission peut, après seulement quelques semaines, présenter un examen inadéquat, elle fait échec à la fin visée par le processus d'examen. D'après lui, le ministre s'est [TRADUCTION] «opposé à un examen économique pendant les trois dernières

a review is required.” “This report constitutes avoidance of the panel’s duty. If they haven’t done it, the [intervener’s] licence should be quashed.”

The respondent’s and the intervener’s averrals, then, are in the nature of a preliminary objection to the effect that there is now no *lis*—no real issue to be determined by this Court as between the contending parties, with the intervener on the respondent’s side of the preliminary objection. The latter two urge that the appointment of the panel and the reception of its report are all the Court could order the Minister to do, and the same are now done fully.

There being a contentious issue raised between the parties *inter se* and the intervener as to that preliminary objection, the matter was adjourned to the following day for argument.

In the meanwhile counsel appeared for Joseph Dolecki, one of the applicants in *Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)*, [1989] 3 F.C. 309 (T.D.). He sought to be accorded intervener status and to participate in these present proceedings. The applicants’ counsel expressed no objection to Mr. Dolecki’s filing of material bearing the substantive matters in issue as defined by the applicants’ notice of motion. Counsel said the material is on the public record in other places, in any event. The respondent and the intervener, not without justification, objected to this late attempt by Mr. Dolecki to interject himself into this proceeding and stated that if the matter be now ended, there is no need to hear from Mr. Dolecki. In view of these objections and the fact that, under the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663], Mr. Dolecki is not endowed with an absolute right to intervene at this time, if at all, the Court declined to receive his intervention, but did not foreclose Mr. Dolecki’s right to move for such status later, in the event that this Court were to dismiss the above-mentioned preliminary objection and to embark on the substantive adjudication.

années» et [TRADUCTION] «la commission a expressément évité» cet examen, mais [TRADUCTION] «un tel examen s’impose». [TRADUCTION] «Ce rapport constitue un manquement à l’obligation de la commission.

a S’ils ne l’ont pas fait, le permis [de l’intervenante] devrait être annulé.»

b Les affirmations de l’intimé et de l’intervenante prennent alors la forme d’une objection préliminaire selon laquelle il n’y a maintenant aucun litige, aucun point litigieux véritable que cette Cour doit trancher entre les parties opposées, l’intervenante se rangeant du côté de l’intimé pour ce qui est de son objection préliminaire. L’intervenante et l’intimé insistent sur le fait que la création de la commission et la réception de son rapport sont tout ce que la Cour pouvait enjoindre au ministre de faire, et que c’est exactement ce qui a été fait.

d Comme il existe un point litigieux entre les parties *inter se* et l’intervenante quant à l’objection préliminaire, le débat sur cette question a été ajourné au lendemain.

e Entre-temps, un avocat a comparu pour Joseph Dolecki, l’un des requérants dans l’affaire *Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l’Environnement)*, [1989] 3 C.F. 309 (1^{re} inst.). Il a demandé pour son client le statut d’intervenant pour prendre part aux présentes procédures. L’avocat des requérants ne s’est pas opposé à ce que M. Dolecki dépose des documents portant sur les questions de fond litigieuses telles qu’elles ont été cernées par l’avis de requête des requérants. L’avocat dit que ces documents figurent de toute façon dans le dossier public qui se trouve dans d’autres endroits. L’intimé et l’intervenante se sont, à juste titre d’ailleurs, opposés à cette tentative tardive faite par M. Dolecki pour comparaître dans la présente action, et ils prétendent que si on mettait maintenant fin à l’affaire, il serait inutile d’entendre les conclusions de M. Dolecki. Étant donné ces objections et le fait que, en vertu des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., chap. 663], M. Dolecki n’est nullement doté d’un droit absolu pour intervenir à ce stade, la Cour a refusé son intervention, mais elle n’a pas pour autant exclu son droit de solliciter un tel statut plus tard, au cas où cette Cour devait rejeter l’objection préliminaire susmentionnée pour statuer sur le fond.

In effect, has such compliance with this Court's order of February 8, 1991 been effected that, with the filing of the panel's report of September, 1991, there remains no living *lis* in these proceedings, thus ending them, and that the contentious matter is simply moot for having been completely undercut? Or is the document tendered by the panel no report at all, simply a nullity? If that be so, then the Minister must insist upon the panel doing its proper job and complying with the Court's order.

As mentioned, the panel which tendered a report to the Minister on the eve of the hearing herein was the second panel to have been assembled in regard to the Rafferty-Alameda project. The first panel resigned on October 12, 1990, because of their not unjustified sense that the intervenor was deliberately proceeding apace with the project in order to circumvent the panel's work and conclusions. Had the Court known in December, 1989 that the intervenor would adopt such a posture, the Court would have quashed the licence out of hand in order to give the environmental panel an opportunity to do its work without being upstaged by the intervenor's relentless pushing forward of the dam construction and related works. Obviously, some people will not behave in a reasonable manner, even when afforded the opportunity to do so. Here, then, is the preambulatory paragraph of the order of February 8, 1991:

UPON NOTING that on February 5, 1991, the respondent Minister anticipated the order of the Court by appointing a new environmental assessment panel mandated "to undertake a review of the environmental and directly related social impacts (resulting from changes to the biophysical environment) of the Rafferty-Alameda Dam Project" in Saskatchewan;

Here is what was, and is, required pursuant to this Court's order of February 8, 1991:

1. THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that insofar as they are or may be omitted from the mandate conferred by the respondent on the three-member panel of John Archer, William J. Stolte and Roderick R. Riewe, the terms and conditions expressed in the first paragraph of this Court's order pronounced on December 28, 1989 shall be included in, or added to the said panel's mandate forthwith by the respondent, pursu-

En fait, le respect de l'ordonnance de cette Cour du 8 février 1991 a-t-il eu pour effet que, avec le dépôt en septembre 1991 du rapport de la commission, il n'existe plus aucun litige dans les présentes procédures, ce qui met fin à celles-ci, et que la question litigieuse est simplement sans intérêt pratique parce qu'elle a complètement perdu de sa force? Ou bien le document présenté par la commission est-il un non-rapport, simplement une nullité? Si tel est le cas, le ministre doit insister pour que la commission fasse son travail et se conforme à l'ordonnance de la Cour.

Ainsi qu'il a été mentionné, la commission qui a présenté un rapport au ministre la veille de l'audience tenue en l'espèce était la deuxième commission à être constituée relativement au projet Rafferty-Alameda. La première commission a donné sa démission le 12 octobre 1990 parce qu'elle s'est, à juste titre, rendue compte que l'intervenante voulait délibérément agir rapidement en ce qui concernait le projet afin de faire échouer le travail et les conclusions de la commission. Si la Cour avait su en décembre 1989 que l'intervenante adopterait une telle attitude, elle aurait annulé d'emblée le permis afin de donner à la commission d'évaluation environnementale la possibilité de faire son travail sans être éclipsée par l'intervenante, qui hâtait impitoyablement les travaux de construction du barrage et les travaux connexes. Il est évident que certaines personnes ne se conduisent pas d'une manière raisonnable, même lorsqu'elles en ont la possibilité. Voici le paragraphe qui sert de préambule de l'ordonnance du 8 février 1991:

ATTENDU QUE le 5 février 1991, le ministre intimé a devancé l'ordonnance de la Cour en constituant une nouvelle commission d'évaluation environnementale chargée [TRADUCTION] «d'entreprendre l'examen des répercussions environnementales du projet de barrage Rafferty-Alameda ainsi que ses répercussions sociales directes (qui résultent des changements apportés à l'environnement biophysique)» en Saskatchewan, en conséquence;

Voici ce qui a été et est requis en vertu de l'ordonnance de la Cour du 8 février 1991:

1. LA COUR ORDONNE QUE dans la mesure où elles ne figurent pas dans le mandat confié par l'intimé à la commission de trois membres, soit John Archer, William J. Stolte et Roderick R. Riewe, les modalités et les conditions suivantes, énoncées au premier paragraphe de l'ordonnance de cette Cour prononcée le 28 décembre 1989, conformément au *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'exa-*

ant to the said *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, that is:

... said Panel is to conduct a public review of all the significant adverse environmental effects, called significant and moderate impacts not mitigable with known technology for which mitigation is not factually provided, mentioned in Volume I, *Technical Report*, of the Initial Environmental Evaluation of the Rafferty-Alameda Dam Project performed by Environment Canada and dated August, 1989, a copy of which Volume I is annexed as exhibit "E" Vol. I to the affidavit of Kenneth A. Brynaert sworn October 6, 1989, and filed in Court file No. T-2102-89

and was confirmed by the Federal Court of Appeal in its unanimous judgment dated December 21, 1990, (A-48-90), except insofar as any of the aforementioned mandated duties have already been fully, carefully and satisfactorily performed by the panel which resigned on October 12, 1990, unless bringing the former panel's data, recommendations and public review up-to-date be necessary or desirable because of the effluxion of time or inaccessibility to the panel and to the public of the former panel's work and records; and

2. THIS COURT FURTHER ORDERS that in any further applications, failures, contentions or any matter whatsoever between the parties, the intervener, their agents, servants and contractors regarding the aforesaid Rafferty-Alameda Dam Project and the continuity, suspension, conditions or quashing of the Minister's licence therefor, this Court shall remain seized of these matters; and it may be convoked on proper, timely notice to any of the appropriate parties, persons, firms or corporations above mentioned or any interested person, including the intervener, for such relief by way of judicial review and extraordinary remedies as may be granted according to law or equity; and

4. THIS COURT FURTHER ORDERS that the counsel and the solicitor for the respondent shall bring the text and terms of this order and its supporting reasons specifically to the attention of their client, the Minister of the Environment.

There was the order. One expects that apart from what the Court specifically orders, parties, and especially a Minister of the Crown and a Crown corporation, will otherwise comply with the law without being ordered to do so. If parties had additionally to be ordered to comply specifically with every law which governs their behaviour, Court orders would be encyclopedic in volume and number of subjects.

men en matière d'environnement, devront en faire partie et y être ajoutées:

... (la) commission (a le mandat) de mener un examen public de tous les effets importants et néfastes sur l'environnement, incluant les répercussions importantes et les répercussions modérées ne pouvant être atténuées par des moyens technologiques connus, au sens mentionné dans le Volume I du rapport technique préparé par Environnement Canada, au mois d'août 1989, ce rapport faisant suite à l'évaluation initiale des effets environnementaux du projet de barrage Rafferty-Alameda, une copie dudit Volume I étant jointe, comme annexe «E», à la déclaration assermentée de Kenneth A. Brynaert, déposée au dossier de la Cour le 6 octobre 1989 sous le numéro T-2102-89

le tout ayant été confirmé par la Cour d'appel fédérale dans son jugement unanime daté du 21 décembre 1990 (A-48-90), sauf dans la mesure où l'une ou l'autre des fonctions susmentionnées dont la commission est chargée a été remplie intégralement, avec diligence et conformément à son mandat par les membres de la commission qui ont démissionné en bloc le 12 octobre 1990, à moins qu'il ne soit nécessaire ou souhaitable de mettre à jour les données, les recommandations et l'examen public de l'ancienne commission en raison de leur désuétude ou parce que les travaux et les dossiers de l'ancienne commission seraient inaccessibles à la commission et au public.

2. LA COUR STATUE EN OUTRE qu'elle continuera de connaître de toutes les demandes, inexécutions, prétentions ou autres questions mettant en cause les parties à l'instance, l'intervenante, leurs mandataires, leurs préposés et leurs entrepreneurs relativement au projet de barrage Rafferty-Alameda susmentionné et à toute question se rapportant au maintien en vigueur, à la suspension ou à l'annulation du permis du ministre à cet égard ou aux conditions y afférentes. À ce titre, la Cour pourra être saisie, au moyen d'un avis en bonne et due forme donné en temps voulu par l'une ou l'autre des parties, des personnes physiques ou morales, ou des entreprises appropriées susmentionnées ou à toute personne intéressée, y compris l'intervenante, pour qu'elle accorde réparation, par voie de contrôle judiciaire ou de recours extraordinaires, conformément au droit et à l'équité.

4. LA COUR ORDONNE EN OUTRE aux avocats de l'intimé de porter le texte et les conditions de la présente ordonnance, ainsi que les motifs y afférents à l'attention particulière de leur client, le ministre de l'Environnement.

Telle était l'ordonnance. On s'attend à ce que, à part ce que la Cour ordonne expressément, les parties, et particulièrement un ministre de la Couronne et une société d'État, se conformeront par ailleurs à la loi sans qu'il leur soit enjoint de le faire. S'il fallait en outre ordonner aux parties d'observer expressément chaque règle qui régit leur comportement, les ordonnances de la Cour constitueraient un volume

The notion is absurd, and no part of the Court's duty, but that does not relieve anyone from his, her or its general and eternal obligation to comply with the law. Such obligation applies equally to boards, commissions and all other subordinate tribunals, who, if in doubt, ought to engage solicitors or counsel.

In regard to the above observations, here is a passage drawn from the Court's written reasons for the order of February 8, 1991, published as *Tetzlaff v. Canada (Minister of the Environment)* (1991), 47 Admin. L.R. 290 (F.C.T.D.), at page 294:

From that judgment [Federal Court of Appeal, unanimous per Iacobucci C.J., December 21, 1990, A-48-90], it becomes clear that this Court is still properly seized with the litigation. Even before considering its lucid passages one may note that in contention was the very licence which the former Minister issued on August 31, 1989, a very pertinent nexus, indeed. That nexus relates of course to the intervenor's very same Rafferty-Alameda water control and dams construction project for which a federal minister's licence is required pursuant to the *International River Improvements Act*, R.S.C., 1985, c. 1-20 ("*I.R.I.A.*"). Section 2 of *I.R.I.A.* defines an "international river improvement", which the intervenor's project has been shown to be; s. 4 prohibits everyone from constructing, operating or maintaining such improvement without holding a valid licence therefor issued under *I.R.I.A.*; and s. 5 makes contravention a hybrid offence which may be prosecuted either on indictment, or by way of summary conviction proceedings, and prescribes fines and imprisonment upon conviction. Section 7 prescribes exceptions which do not apply here, and s. 8 of *I.R.I.A.* runs as follows:

"8. This Act is binding on Her Majesty in right of Canada or a province."

Was that not a sporting reminder of necessary compliance with the provisions of the *International River Improvements Act*?

Was the Court obliged in formulating its orders to pronounce—"Oh, by the way, do not forget, Minister and Sask Water, that you are bound to comply with *IRIA*?" Both the Minister and the intervenor are provided with the services of lawyers. That reminder was not incorporated into the Court's order, but it

encyclopédique traitant d'un nombre étendu de sujets. Cette notion est absurde, et la Cour n'y est pas tenue, mais cela ne décharge pas quiconque de son obligation générale et éternelle de se conformer à la loi. Une telle obligation s'applique également aux offices, aux commissions et à tous autres tribunaux inférieurs qui, en cas de doute, devraient retenir les services d'avocats.

Au sujet des observations précédentes, voici un extrait tiré des motifs écrits invoqués par la Cour pour rendre l'ordonnance du 8 février 1991, publiée sous l'intitulé *Tetzlaff c. Canada (Ministre de l'Environnement)* (1991), 47 Admin. L.R. 290 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 294:

Selon ce jugement [Cour d'appel fédérale, jugement unanime rendu par le juge en chef Iacobucci le 21 décembre 1990, A-48-90], il est clair que cette Cour demeure dûment saisie du litige. Avant même d'examiner les passages de ce jugement qui nous intéressent, signalons qu'il portait jugement sur le permis que l'ancien ministre avait délivré le 31 août 1989. Cette affaire a donc un point commun très pertinent avec la présente instance. Ce point commun se rapporte, bien sûr, au même projet de barrage et de régulation des eaux Rafferty-Alameda entrepris par l'intervenante pour lequel un permis du ministre fédéral est exigé conformément à la *Loi sur les ouvrages destinés à l'amélioration des cours d'eau internationaux*, L.R.C. (1985), chap. 1-20 (ci-après appelée «*LODACEI*»). D'après la preuve, le projet de l'intervenante constitue un «ouvrage destiné à l'amélioration d'un cours d'eau international» selon le sens donné à cette expression à l'article 2 de la *LODACEI*. L'article 4 interdit à quiconque de construire, de mettre en service ou d'entretenir un tel ouvrage s'il ne détient pas un permis valide délivré, pour cet objet, en vertu de la *LODACEI*. L'article 5 prévoit que toute violation de la loi constitue une infraction mixte qui peut faire l'objet d'une poursuite par mise en accusation ou procédure sommaire, et qu'elle rend l'auteur passible d'amendes et d'emprisonnement sur déclaration de culpabilité. L'article 7 prévoit des exceptions qui ne s'appliquent pas en l'espèce et l'article 8 de la *LODACEI* dispose:

«8. La présente loi lie sa Majesté du Chef du Canada ou d'une province».

Ne s'agissait-il pas là d'un loyal rappel du respect nécessaire des dispositions de la *Loi sur les ouvrages destinés à l'amélioration des cours d'eau internationaux*?

La Cour était-elle tenue de formuler ses ordonnances de telle manière à leur faire dire [TRADUCTION] «Oh!, à propos, n'oubliez pas, Monsieur le ministre et Sask Water, que vous devez vous conformer à la *LODACEI*?» Tant le ministre que l'intervenante obtiennent les services d'avocats. Ce rappel n'a pas

surely was present, as above recited, in the Court's reasons for that order. Needless to emphasize, the obligation to comply with IRIA did not arise only in February, 1991: it was always operative and required. The Court merely redundantly reminded the respondent and the intervener of it in the Court's reasons of February, 1991. That was a luxury which was not their due, but provided as a free service by the Court.

Keeping in mind that the intervener's licence is issued purportedly pursuant to the terms of IRIA, one should note certain provisions of the *International River Improvements Regulations, C.R.C., c. 982* (hereinafter IRIR). The particular provision invoked by the applicants is section 6 of the IRIR, which runs:

6. An application for a licence under the Act shall be addressed to the Minister and shall contain the following information:

- (a) the name, address and occupation of the applicant;
- (b) the name and a clear description of the international river on which an international river improvement is to be made;
- (c) the place where the said improvement is to be made and a description of the improvement;
- (d) details as to the effect of the improvement on the level or flow of water at the Canadian boundary;
- (e) details as to the effect of the improvement on the use of water outside Canada;
- (f) details of the adverse effects of the improvement on flood control and other uses of water together with information as to plans to minimize such effects;
- (g) a brief economic analysis of the direct and indirect benefit and costs of and resulting from the improvement; and
- (h) any further details concerning the improvement tending to indicate that it is compatible with a sound development of the resources and economy of Canada.

A copy of the IRIR is exhibit A to Gordon H. A. Mackintosh's affidavit.

Now, normally, it is a presumption of law that all things and acts are presumed to be correctly and solemnly done: *Omnia praesumuntur rite et solemniter esse acta*. That ancient proposition of law asserts that

été incorporé dans l'ordonnance de la Cour, mais il était sûrement présent, ainsi qu'il a été énoncé ci-dessus, dans les motifs prononcés par la Cour pour rendre cette ordonnance. Point n'est besoin d'insister sur le fait que l'obligation de se conformer à la LODACEI n'a pas pris naissance seulement en février 1991: elle était toujours en vigueur et requise. La Cour n'a fait que, de façon redondante, la rappeler à l'intimé et à l'intervenante dans ses motifs de février 1991. C'était un luxe qui ne leur était pas dû, mais qui leur a été donné gratuitement par la Cour.

Se rappelant que le permis de l'intervenante est censé être délivré en vertu de la LODACEI, on devrait noter certaines dispositions du *Règlement sur l'amélioration des cours d'eau internationaux, C.R.C., chap. 982* (ci-après appelé RACEI). La disposition invoquée particulièrement par les requérants est l'article 6 du RACEI, qui est ainsi rédigé:

6. Toute demande d'un permis faite sous le régime de la Loi doit être adressée au Ministre et contenir les renseignements suivants:

- a) le nom, l'adresse et la profession du demandeur;
- b) le nom et une claire description du cours d'eau international sur lequel un ouvrage destiné à l'amélioration d'un cours d'eau international doit être établi;
- c) l'endroit où ledit ouvrage d'amélioration doit être établi et une description de l'ouvrage;
- d) des précisions quant à l'effet de l'ouvrage d'amélioration sur le niveau ou l'écoulement de l'eau à la frontière canadienne;
- e) des précisions quant à l'effet de l'ouvrage d'amélioration sur l'utilisation de l'eau hors du Canada;
- f) des précisions quant aux effets adverses de l'ouvrage d'amélioration sur la prévention des crues et sur les autres modes d'utilisation de l'eau, ainsi que des renseignements sur les projets d'atténuation de ces effets;
- g) une brève analyse économique des avantages directs et indirects et des frais que comporte effectivement l'ouvrage d'amélioration et qui résulteront dudit ouvrage; et
- h) toutes autres précisions à l'égard de l'ouvrage d'amélioration tendant à démontrer que son établissement est compatible avec le développement rationnel des ressources et de l'économie du Canada.

Une copie du RACEI constitue la pièce A jointe à l'affidavit de Gordon H. A. Mackintosh.

Or, normalement, on présume que toutes les formalités exigées par la loi ont été correctement et solennellement observées: *Omnia praesumuntur rite et solemniter esse acta*. Cet ancien adage juridique

rebuttable presumption, of course, only until the contrary is proved.

Exhibit B to Mr. Mackintosh's affidavit is a copy of 50 pages of the transcript of the submission on behalf of the applicants to the panel, on June 24, 1991. Although late in the overall process which has been going along since the late years of the last decade, the nineteen-eighties, the panel's proceedings must be considered to be the very last opportunity for the Minister's and Sask Water's compliance with the requirements of the law in regard to the Rafferty-Alameda Dam Project. That is to say, if it were not already too late.

Some passages from that transcript will serve to illustrate that the applicants' counsel, like the Court in its reasons of February 5, 1991, sought to remind the panel that it should require of the intervenor, since the Minister evidently had never done so, that compliance with section 6, and paragraph 6(g) of the IRIR made pursuant to the IRIA was mandatory. Here they are:

THE CHAIRMAN: Thank you for your courtesy.

MR. ALAN SCARTH: Mr. Chairman and members of the . . . panel, I want first to comment . . . that one of your obligations is to look at the cost/benefit ratios applicable to this project and, in doing so, we will look to you to make a fresh assessment of the costs and a fresh assessment of the benefits.

(page 57)

Some years ago the proponent developed what was called an environmental impact statement, but it dealt only with provincial benefits and provincial costs which is like looking at one-half of the animal and trying to assume that it will run.

(page 58)

So what we are talking about is a valley with a viable economic purpose and we are going to ask the question: "What are we going to get instead of that valley?" That's a really simplistic expression of what is the cost/benefit of this project.

(page 59)

If they were told that was the purpose of the project, the purpose of Rafferty being to supply water to the Shand generator

appuie cette présomption réfutable, bien entendu, seulement jusqu'à la preuve du contraire.

La pièce B jointe à l'affidavit de M. Mackintosh est une copie de cinquante pages de la transcription des prétentions faites par l'avocat des requérants à l'intention de la commission le 24 juin 1991. Bien que tardives dans le processus global qui se déroule depuis les dernières années de la dernière décennie, les années 80, les délibérations de la commission doivent être considérées comme étant véritablement la dernière possibilité, pour le ministre et Sask Water, de se conformer aux exigences de la loi relativement au projet de barrage Rafferty-Alameda, s'il n'était pas déjà trop tard.

Certains extraits de cette transcription serviront à illustrer le fait que l'avocat des requérants, comme la Cour dans ses motifs du 5 février 1991, a cherché à rappeler à la commission qu'elle devrait exiger de l'intervenante, puisque, à l'évidence, le ministre ne l'avait jamais fait, qu'elle se conforme à l'article 6 et à l'alinéa 6g) du RACEI pris en application de la LODACEI. Les voici:

[TRADUCTION] LE PRÉSIDENT: Merci de votre courtoisie.

M. ALAN SCARTH: Monsieur le président et Messieurs les membres de la . . . commission, je voudrais tout d'abord faire remarquer . . . que l'une de vos obligations consiste à examiner les rapports coûts/avantages applicables à ce projet et, ce faisant, nous comptons sur vous pour faire une nouvelle évaluation des coûts aussi bien que des avantages.

(page 57)

Il y a quelques années, le promoteur a élaboré ce qu'on appelait un énoncé des incidences environnementales, mais celui-ci ne portait que sur les avantages et les coûts provinciaux, ce qui est incomplet.

(page 58)

Ainsi donc, ce dont nous parlons est une vallée qui a une fin économique viable et nous posons la question: «Qu'allons-nous obtenir à la place de cette vallée?» C'est une expression réellement simpliste de ce qu'est le rapport coûts/avantages de ce projet.

(page 59)

Si on leur disait que telle était la fin visée par le projet, la fin visée par Rafferty étant de fournir de l'eau au système du

system, but having no other benefit than maybe even failing at that and the purpose of Alameda to supply the United States' needs for flood and water, what then would Praxis tell us if the people knew the truth?

Going back to cost benefit, which, gentlemen, is your heavy responsibility. Aside from the money paid by the United States as a contribution to the cost of the Alameda Dam—and we know why it was paid. It was paid because it was less expensive to have this valley flooded than the valley just south of the border. In other words, it's cheaper to buy a Canadian valley than it is to flood a valley in the United States.

Now, aside from that money payment which comes to something like \$50 million Canadian dollars, there is no benefit to Canadians to offset the environmental cost of the loss of this Moose Mountain Creek Valley.

If you take away irrigation and recreation you are right down to money. Fifty million to keep industry here going for three or four years and what about the other 96 or 97 years?

Actually, this system is designed simply to work for the Shand Generation Plant. To work for Minot flooding and United States water supply.

(pages 67-68)

MR. ALAN SCARTH: [after quoting section 34 of the EARPGO to the panel on June 24, 1991]

That is the responsibility of the proponent. And this is not a document dealing just with provincial impacts, this is a document dealing with the impacts which are within your mandate and those are all of the federal impacts, including the destruction of this lovely valley.

There has been no such filing. The law requires it and if the panel wishes assistance from the judge, the judge's door is open and I am here to assist. There is no question but that there has to be an environmental impact statement which says, "What are the benefits?" Irrigation, recreation on the mud slopes of these two unfilled dams, reservoirs? Irrigation, when they may never fill? That is the kind of decision you are going to have to take. What are really the benefits of this thing? They get right down to \$50 million. Is that what we have sold out for? Some water for the Shand plant? Indeed, if we can get it there without borrowing from another basin, which is the suggestion of the Rawson Academy. It is the only thing that can be done. What are the real benefits? Fifty million dollars and all the rest are south. And what are the costs? One of the costs will be the loss of these two valleys and you have to ask yourselves: "For what?"

(pages 79-80)

générateur Shand, que c'est là le seul avantage, et qu'il n'est même pas assuré, et que le but d'Alameda est de satisfaire aux besoins des États-Unis en eau, qu'est-ce que Praxis nous dirait si les gens connaissaient la vérité?

a Revenons à l'analyse coûts/avantages qui, Messieurs, est votre lourde responsabilité. À part l'argent payé par les États-Unis à titre de contribution au coût du barrage Alameda—et nous savons pourquoi il a été payé. Il a été payé parce qu'il en coûtait moins de faire inonder cette vallée que la vallée qui se trouve tout juste au sud de la frontière. Autrement dit, il en coûte moins cher d'acheter une vallée canadienne que d'inonder une vallée des États-Unis.

b Or, à part ce versement qui s'élève à peu près à 50 millions de dollars canadiens, rien ne compense pour les Canadiens le coût environnemental de la perte de cette Moose Mountain Creek Valley.

c Si vous enlevez l'irrigation et la récréation, il ne reste que la question d'argent. Cinquante millions pour faire marcher l'industrie de la région pendant trois ou quatre ans, et que fait-on des autres 96 ou 97 années?

d Réellement, ce système est conçu simplement aux fins de la Shand Generation Plant. Aux fins d'inonder Minot et d'approvisionner les États-Unis en eau.

(pages 67 et 68)

e M. ALAN SCARTH: [après avoir cité l'article 34 du Décret visant le PÉEE à l'intention de la commission le 24 juin 1991]

f C'est la responsabilité du promoteur. Et il ne s'agit pas d'un document portant tout juste sur les incidences provinciales, il s'agit d'un document portant sur les incidences qui relèvent de votre mandat et celles-ci relèvent toutes du fédéral, notamment la destruction de cette ravissante vallée.

g Aucun dépôt de ce genre n'a eu lieu. La loi l'exige et si la commission veut de l'aide de la part du juge, la porte du juge est ouverte et je suis ici pour aider. Il ne fait aucun doute qu'il doit y avoir un énoncé des incidences environnementales qui dit «Quels sont les avantages?» Irrigation et récréation sur les pentes boueuses de ces deux barrages, réservoirs non remplis? Irrigation lorsqu'il se peut qu'ils ne se remplissent jamais? C'est le genre de décision que vous allez prendre. Quels sont réellement les avantages de cela? Ils se résument à 50 millions de dollars. Est-ce bien cette somme pour laquelle nous nous sommes vendus? De l'eau pour l'usine Shand? Assurément, si nous pouvons l'y acheminer sans emprunter à un autre bassin, et c'est là la proposition de la Rawson Academy. C'est la seule chose qu'on puisse faire. Quels sont les véritables avantages? Cinquante millions de dollars et tout le reste profite au sud. Et quels sont les coûts? L'un des coûts sera la perte de ces deux vallées et vous devez vous demander «En contrepartie de quoi?»

(pages 79 et 80)

What are the benefits in costs? And you do have the authority and the responsibility which is a heavy onus upon you—if indeed you find that there is no favourable cost benefit ratio, to say so.

(page 81)

There has been comment that the International Joint Commission was not consulted in this matter. Surprising, considering that they are responsible for transboundary issues. But, this deal between Canada and United States which seemed to be politically advantageous to both governments, was carried on behind closed doors and out of sight. If it had been put through the International Joint Commission I would not be here today, because the project would never have been approved. One of the recommendations that are available to you is to have this project referred to the International Joint Commission, an independent body, and then see what they think of the costs and of the benefits. That is available to you under that same Canada/U.S. Agreement.

(pages 83-84)

DR. WILLIAM STOLTE: [a panel member, after reading subsection 25(3) of the *EARPGO*] The socio-economic [effect of a proposal], I assume is a cost benefit.

MR. ALAN SCARTH: Yes.

The environmental effects, such as the loss of a valley, or the intense evaporation which would evaporate all the water out of the Rafferty Reservoir that comes into it. Those are long term economic effects. The difference between environmental effects and economic effects is only one of time scale. What we are doing, if we pass this project, is to impose the cost on the next generation. So, that yes, socio-economic effects are part and parcel of an environmental impact statement and should be assessed basis cost benefit. And if does not stack up on cost benefit, then you are entitled to ask: "Why are we doing this?"

(page 87)

So, if the panel were not aware that a cost-benefit study was required of the Saskatchewan Water Corporation, it was not for want of trying to make the panel aware on the applicants' part. It is true that the provisions of the *EARPGO* in section 34 speak of the proponent's preparing the environmental impact statement in accordance with any guidelines established by the panel pursuant to subsection 30(1), which provides that guidelines for the preparation of such a statement may be issued by a panel to a proponent in a public review. So, it is contended by the

Quel est le rapport avantages/coûts? Et vous avez effectivement le pouvoir et la lourde responsabilité—si en fait vous concluez qu'il n'existe aucun rapport coûts-avantages favorable, de le dire.

(page 81)

On a fait remarquer que la commission mixte internationale n'a pas été consultée à cet égard. Chose surprenante, étant donné qu'elle est responsable des questions transfrontalières. Mais, ce marché entre le Canada et les États-Unis qui a semblé politiquement avantageux pour les deux gouvernements a été conclu à huis clos et à l'insu de tout le monde. Si on en avait saisi la commission mixte internationale, je ne serais pas ici, parce que le projet n'aurait jamais été approuvé. L'une des recommandations dont vous disposez consiste à déférer ce projet à la commission mixte internationale, un organisme indépendant, pour voir ce qu'elle pense des coûts et des avantages. Cette possibilité s'offre à vous en vertu du même accord conclu entre le Canada et les États-Unis.

(pages 83 et 84)

Dr WILLIAM STOLTE: [un membre de la commission, après avoir pris connaissance du paragraphe 25(3) du Décret sur les lignes directrices visant le PÉÉE.] [L'effet] socio-économique [d'une proposition], je présume, est une analyse coût-avantage.

M. ALAN SCARTH: Oui.

Les effets environnementaux, tels que la perte d'une vallée, ou l'intense évaporation qui happerait toute l'eau du réservoir Rafferty qui s'y déverse. Il s'agit là des effets économiques à long terme. La différence entre les effets environnementaux et les effets économiques réside seulement dans l'échelle de temps. Ce que nous faisons, si nous adoptons ce projet, c'est en imposer le coût à la génération future. Ainsi donc, oui, les effets socio-économiques font partie intégrante de l'énoncé des incidences environnementales et devraient être évalués sur la base d'une analyse coûts-avantages. Si le projet ne se justifie pas sur le plan coûts-avantages, alors vous pouvez demander «Pourquoi faisons-nous cela?»

(page 87)

Ainsi donc, si la commission ne savait pas que la Saskatchewan Water Corporation devait faire une étude coûts-avantages, ce n'était pas, de la part des requérants, faute d'avoir essayé d'en rendre consciente la commission. Il est vrai que selon les dispositions du Décret sur les lignes directrices visant le PÉÉE, à l'article 34, le promoteur élabore l'énoncé des incidences environnementales conformément aux directives établies par la commission selon le paragraphe 30(1), qui prévoit que la commission établit à l'intention du promoteur des directives pour l'élabo-

respondent and the intervener, if the panel declined or even failed to issue such guidelines, it was entitled so to do. Such may be the effect of the EARPGO, but the contention is devoid of any thought that the licence in question was issued pursuant to the IRIA and its IRIR including mandatory paragraph 6(g).

The Minister, whose counsel now says "contented" to the panel's report exhibited herein, did not forget the mandatory provisions in his terms of reference to the panel. Exhibit A to the affidavit of Linda Jones contains those terms of reference, which in addition to prominent reference to studies prepared in accordance with the EARPGO, also and even more prominently mandate the panel to:

provide advice to the Minister on the adequacy of the mitigation plans prepared by the proponent pursuant to the *International Rivers Improvement Act* [sic] licence;

How much more specifically and cogently would the intervener Sask Water, or the panel itself, need to be reminded that the former failed to comply with paragraph 6(g) of the IRIR and that, if not the Minister, then at least the panel ought to have held Sask Water to its obligation to comply, so long as it sought to hold its IRIA licence? Both have apparently failed to see that the mandatory provisions of law under which they operate were enforced. Such is the effect of exhibit C to Mr. Mackintosh's affidavit, being Linda Jones' index of the documents filed with the panel. The Court, with its present shortage of judges, cannot be expected to "hold their hand" in the discharge of their duties. Nor even otherwise.

If the submission of the panel's alleged report had not been accomplished one day prior to the return of the applicants' motion, dated and filed as early as August 23, 1991, it was obviously the applicants' intention to move the Court to remind the panel of its now obviously overlooked or rejected duty to comply with the statutory requirements of both EARPGO and

ration d'un énoncé des incidences environnementales. L'intimé et l'intervenante prétendent donc que, si la commission a refusé d'établir des lignes directrices ou n'a même pas établi celles-ci, elle était en droit de le faire. Tel peut être l'effet du Décret sur les lignes directrices visant le processus PÉEE, mais cette prétention est dépourvue de toute idée que le permis en question a été délivré en vertu de la LODACEI et de son RACEI, notamment de son alinéa 6g) qui est d'application obligatoire.

Le ministre, dont l'avocat se dit maintenant [TRANSDUCTION] «satisfait» du rapport de la commission produit comme pièce en l'espèce, n'a pas oublié les dispositions obligatoires dans le mandat qu'il a confié à la commission. La pièce A jointe à l'affidavit de Linda Jones contient ces attributions qui, à part la mention marquante d'études faites conformément au Décret sur les lignes directrices visant le PÉEE, donnent, de façon plus frappante encore, le mandat suivant à la commission:

conseillera le Ministre quant à la pertinence des plans d'atténuation préparés par le promoteur conformément au permis accordé sous le régime de la *Loi sur les ouvrages destinés à l'amélioration des cours d'eau internationaux*;

Faut-il rappeler de façon plus précise et convaincante à l'intervenante Sask Water, ou à la commission elle-même, que la première n'a pas respecté l'alinéa 6g) du RACEI et que, sinon le ministre, du moins la commission aurait dû obliger la Sask Water à s'y conformer, du moment que celle-ci a cherché à déterminer son permis fondé sur la LODACEI? Apparemment, les deux ont omis de voir à ce que les dispositions obligatoires de la loi en vertu desquelles ils agissent soient appliquées. C'est ce que montre la pièce C jointe à l'affidavit de Mackintosh, soit l'index de Linda Jones, index des documents déposés à la commission. On ne peut s'attendre à ce que la Cour, avec son manque de juges, «les guide par la main» dans l'exercice de leurs fonctions. Ni autrement.

Si la présentation du prétendu rapport de la commission n'avait pas été faite un jour avant la présentation de la requête des requérants, datée et déposée dès le 23 août 1991, les requérants avaient évidemment l'intention de demander à la Cour de rappeler à la commission son obligation, alors clairement oubliée ou rejetée, de respecter les exigences du Décret sur

IRIA including IRIR. However, even when put on such notice in late August, 1991, the panel contrived to get its report into the Minister's hands on September 10, 1991, purportedly rendering itself *functus* before the September 11 return of the August 23 notice of motion.

The Court is not persuaded that the panel has submitted a report to the Minister within the meaning of the EARPGO or IRIR because there appears to have been a failure initially on the part of Sask Water to effect, then on the part of the Minister, and finally on the part of the panel to require compliance with the *International River Improvements Act* and its Regulations. The panel's document, because of the panel's failure to exact, to consider and to test an "economic analysis of the direct and indirect benefit and costs of and resulting from" the project pursuant to IRIR, paragraph 6(g), an imperative law of Canada, is fatally inadequate. Until the long-standing flaw is remedied, the panel has simply not reported to the Minister. No "report" has yet been submitted to the Minister, and the Court so finds that to be the fact, in law.

The fatal flaw in the whole process, afflicting as it does the panel's submission of September 10, 1991, does not mean that the panel's work is not objectively and well done. The Court is not to be taken to arrogate to itself the rôle of critic in any field other than the missing legal *sine qua non* which fatally flaws the panel's submission to the Minister because the latter apparently never insisted upon the proponent's compliance with the IRIR provisions. Had there been a cost-benefit study, that study would have been, of course, the stuff of public airing by the panel, and the basis of some of the panel's conclusions. It was an essential factor which was never properly aired, even although it is mandatory under the IRIR.

A necessarily swift study of the panel's document exhibited here indicates the panel's own misgivings with the proponent's over optimism (par. 5.1.3., page

les lignes directrices visant le PÉÉE, de la LODACEI et de son RACEI. Toutefois, même, si on l'a ainsi avisée vers la fin du mois d'août 1991, la commission a réussi à faire parvenir son rapport au ministre le 10 septembre 1991, voulant se dessaisir de l'affaire avant la présentation, prévue pour le 11 septembre, de l'avis de requête du 23 août.

La Cour n'est pas persuadée que la commission ait soumis un rapport au ministre au sens du Décret sur les lignes directrices visant le PÉÉE ou du RACEI parce qu'il semble y avoir eu au début une omission de la part de la Sask Water de respecter la *Loi sur les ouvrages destinés à l'amélioration des cours d'eau internationaux* et de son Règlement, puis de la part du ministre, et finalement de la part de la commission d'en exiger le respect. Le document de la commission, étant donné le défaut par la commission d'exiger, d'examiner et de mettre à l'épreuve une «analyse économique des avantages directs et indirects et des frais que comporte effectivement» le projet et qui en résulteront, conformément à l'alinéa 6g) du RACEI, une règle de droit impérative du Canada, est inéluctablement inadéquat. Tant que l'on n'aura pas remédié à ce vice de longue date, la commission ne saurait avoir fait rapport au ministre. Aucun «rapport» n'a encore été soumis au ministre, et la Cour conclut ainsi à ce fait, sur le plan juridique.

Le vice fatal du processus tout entier qui affecte la présentation du 10 septembre 1991 de la commission ne signifie pas que son travail n'est pas objectivement bien fait. La Cour ne doit pas s'ériger en critique dans un domaine quelconque, à l'exception du non-respect de la condition légale *sine qua non* qui vicie inéluctablement la présentation du rapport par la commission au ministre, parce que ce dernier semble n'avoir jamais insisté pour que le promoteur se conforme aux dispositions du RACEI. S'il y avait eu une étude coûts-avantages, cette dernière aurait, bien entendu, fait l'objet d'une discussion publique par la commission et de certaines des conclusions de celle-ci. C'était un facteur essentiel qui n'a jamais été discuté de façon appropriée, même si cela s'impose en vertu du RACEI.

Une étude nécessairement rapide du document de la commission produit comme pièce en l'espèce révèle les propres doutes de la commission sur l'opti-

25; par. 5.7, page 33), failures to take important matters into consideration (also par. 5.1.3) and inadequate addressing of the real problems (par. 5.2.3, page 28; par. 5.9, page 34). Such observations by the panel indicate the need for cost-benefit comparisons because the proponent itself is apparently not to be trusted to be forthcoming and objective with the people it was created to serve.

The preliminary objection of the respondent Minister, seconded by the intervener, Saskatchewan Water Corporation, is dismissed. The applicants are now entitled to get on with their principal motion which, by now, will have been generously adjourned to accommodate Sask Water's request for an adjournment.

The intervener may govern itself in accordance with *Tetzlaff v. Canada (Minister of the Environment)* (1991), 47 Admin. L.R. 275 (F.C.T.D.).

In light of the unforeseen and unforeseeable fact of the panel's submission of its fatally defective non-report to the Minister on the eve of the scheduled hearing in Winnipeg, the applicants shall be entitled to amend their notice of motion in order to re-specify the remedies which they seek, in regard only to that new fact, as it was, the morning after in Court. The applicants are also entitled to their taxed solicitor-and-client costs of and incidental to the respondent's and intervener's counter-motion in the form of a preliminary objection, in any event of the cause. The parties and the intervener are directed, as soon after the filing of an amended notice by the applicants as possible, to apply to the Associate Chief Justice to fix a date for the resumption of the proceedings.

misme exagéré du promoteur (par. 5.1.3., à la page 27; par. 5.7, à la page 37), l'omission de prendre en considération les questions importantes (également au par. 5.1.3.) et l'examen insuffisant des véritables problèmes (par. 5.2.3, à la page 30; par. 5.9, à la page 37). Il ressort de ces observations faites par la commission la nécessité des comparaisons coûts-avantages parce qu'on doute de la sincérité et de l'objectivité du promoteur à l'égard des gens pour lesquels il a été créé.

L'objection préliminaire du ministre intimé, avec l'appui de l'intervenante Saskatchewan Water Corporation, est rejetée. Les requérants sont maintenant en droit de poursuivre leur requête principale qui, à ce stade, aura été généreusement ajournée pour permettre la requête en ajournement introduite par la Sask Water.

L'intervenante peut agir conformément à l'arrêt *Tetzlaff c. Canada (Ministre de l'Environnement)* (1991), 47 Admin. L.R. 275 (C.F. 1^{re} inst.).

Compte tenu du fait imprévu et imprévisible de la présentation par la commission de son document inéluctablement défectueux, qui constitue un non-rapport, au ministre la veille de l'audience prévue à Winnipeg, les requérants sont autorisés à modifier leur avis de requête afin de préciser de nouveau les réparations qu'ils sollicitent, à l'égard de ce fait nouveau seulement, le lendemain devant la Cour. Les requérants ont également droit à la taxation des frais entre procureur et client de la requête reconventionnelle de l'intimé et de l'intervenante, sous forme d'une objection préliminaire, quelle que soit l'issue de la cause, et aux frais accessoires entraînés par cette requête reconventionnelle. Il est ordonné aux parties et à l'intervenante, aussitôt après le dépôt par les requérants d'un avis de requête modifié, de demander au juge en chef adjoint de fixer une date pour la reprise des procédures.

T-2604-90

T-2604-90

Her Majesty the Queen (Plaintiff) (Defendant by cross appeal)

Sa Majesté la Reine (demanderesse) (défenderesse en contre-appel)

v.

a c.

Albert Kieboom (Defendant) (Plaintiff by cross appeal)

Albert Kieboom (défendeur) (demandeur en contre-appel)

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

b RÉPERTORIÉ: CANADA c. KIEBOOM (1^{re} INST.)

Trial Division, Denault J.—Calgary, May 1; Ottawa, July 30, 1991.

Section de première instance, juge Denault—Calgary, 1^{er} mai; Ottawa, 30 juillet 1991.

Income tax — Corporations — Taxpayer (directing mind of corporation) reducing economic interest in company by increasing equity of other family members — Maintaining same number of shares, but wife and children subscribing to newly created shares at nominal value — Concept of corporation as separate legal entity with shareholders having no proprietary interest apart from shares no longer absolute — Cases eroding concept to reflect realities of business law, particularly where small corporation with main shareholder — Courts lifting corporate veil where sole motive tax avoidance — “Notwithstanding the form or legal effect of the transactions” in s. 245(2)(c) suggesting Minister to look at substance — As corporation not raising capital through impugned transactions (purpose behind concept of shares), purpose of transactions to increase shareholdings of family — Transactions whereby taxpayer’s family acquiring shares at less than fair market value benefit conferred by taxpayer — Deemed disposition by way of gift under s. 245(2)(c).

c *Impôt sur le revenu — Corporations — Le contribuable (âme dirigeante de la société) a diminué son intérêt économique dans la société en accroissant la participation d’autres membres de sa famille — Il a gardé le même nombre d’actions, mais son épouse et ses enfants ont souscrit à des actions qui venaient d’être créées moyennant une valeur symbolique — Le principe selon lequel la société est une entité juridique séparée, les actionnaires n’ayant aucun droit de propriété sauf sur les actions, n’est plus absolu — La jurisprudence a nuancé ce principe de façon à tenir compte des réalités du droit commercial, en particulier dans le cas des petites sociétés où il y a un actionnaire principal — Les tribunaux ont fait abstraction de la personnalité morale si le seul mobile était l’évitement fiscal — L’expression «nonobstant la forme ou les effets juridiques des opérations» figurant à l’art. 245(2)c) laisse entendre que le ministre examinera la nature véritable de l’opération — Étant donné que la société ne s’est procuré aucun capital par les biais des opérations contestées (raison d’être des actions), le but des opérations était d’augmenter le nombre d’actions détenues par la famille du contribuable — Les opérations par lesquelles la famille du contribuable a acquis des actions pour une somme inférieure à leur juste valeur marchande constitue un avantage conféré par le contribuable — Disposition réputée être à titre gratuit en vertu de l’art. 245(2)c).*

Income tax — Gifts — Taxpayer reducing economic interest in company by creating shares to which wife and later children subscribed for nominal consideration — Deemed disposition by way of gift under s. 245(2)(c) — As s. 245(2)(c) characterizing provision, necessary to go to another Part of Act to find charging provision — Rules re: inter vivos transfers of capital stock of corporation not applicable as right to subscribe to shares transferred, not shares — Spousal attribution rules not applicable as shares, not right to subscribe thereto, generating income — Transaction cannot be both deemed disposition by way of gift under s. 245(2)(c) and spousal transfer under s. 74(1).

h *Impôt sur le revenu — Donations — Le contribuable a diminué son intérêt économique dans la société en créant des actions auxquelles son épouse et, par la suite, ses enfants ont souscrit moyennant une contrepartie symbolique — Disposition réputée être à titre gratuit en vertu de l’art. 245(2)c) — Étant donné que l’art. 245(2)c) est une disposition de caractérisation, il faut se reporter à une autre partie de la Loi pour trouver la disposition d’application — La règle concernant les transferts entre vifs d’actions du capital-actions de la société ne s’appliquent pas étant donné que c’est le droit de souscrire à des actions qui a été transféré et non des actions — Les règles d’attribution du revenu entre conjoints ne s’appliquent pas étant donné que ce sont les actions, et non le droit de souscrire à des actions, qui ont produit le revenu — L’opération ne peut pas être à la fois une disposition réputée être à titre gratuit aux termes de l’art. 245(2)c) et un transfert entre conjoints en vertu de l’art. 74(1).*

Income tax — Income calculation — Capital gains — Taxpayer reducing economic interest in company by creating shares to which wife, and later children, subscribed for nominal consideration — Deemed disposition by way of gift under s. 245(2)(c) — Transferred property subject to capital gains provisions — Taxpayer deemed to have received proceeds of disposition if disposes of anything at less than fair market value under s. 69(1)(b)(ii).

This was an appeal and cross-appeal from a decision of the Tax Court of Canada. The taxpayer had owned nine common shares in a carpet company and his wife owned one. The taxpayer was the controlling mind and will of the company. In 1979, 10,000 class "A" non-voting shares were created. In 1980, taxpayer's wife subscribed to eight of the new shares for nominal consideration, giving her 50% equity while taxpayer retained his nine shares, but reduced his equity from 90% to 50%. In 1981, eight class "A" common shares were issued to each of taxpayer's three children, again for nominal consideration, thereby reducing the equity of taxpayer and his wife to 21.4% each and giving each of the children 19% of the equity. In 1982, the Company issued dividends. The Minister reassessed the taxpayer for 1981 on the basis that the issue of shares to the children was a disposition of an economic interest by way of gift from taxpayer and his wife pursuant to *Income Tax Act*, paragraph 245(2)(c). Paragraph 245(2)(c) provides that where a transaction results in a person conferring a benefit on a taxpayer, that person shall be deemed to have made a payment to the taxpayer equal to the amount of the benefit conferred notwithstanding the form or legal effect of the transactions; and depending upon the circumstances, the payment shall be deemed to be a disposition by way of gift. The taxpayer and his wife were deemed to have received proceeds of disposition equal to the fair market value of the shares. Eighty percent of the taxable capital gain received by taxpayer's wife was attributed to taxpayer and included in his income pursuant to subsection 74(2) of the Act (which deems the gain from property transferred to a spouse to be the capital gain of the transferor). The Minister also reassessed taxpayer for 1982 on the basis that the dividends received by his wife should have been included in his income pursuant to subsection 74(1), which provides that any income from the property transferred to a spouse shall be deemed to be income of the transferor.

The issues were (1) the nature of the transaction; (2) whether paragraph 245(2)(c) imposed a tax; and (3) whether the spousal attribution rules applied.

Taxpayer argued (1) that he did not confer a benefit on the members of his family because he neither received anything directly, nor disposed of anything. The company issued the

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Gains en capital — Le contribuable a diminué son intérêt économique dans la société en créant des actions auxquelles son épouse et, par la suite, ses enfants ont souscrit moyennant une contrepartie symbolique — Disposition réputée être à titre gratuit en vertu de l'art. 245(2)c) — Le bien transféré est assujéti aux dispositions concernant les gains en capital — Le contribuable est réputé avoir reçu le produit de la disposition s'il dispose d'un bien pour une somme inférieure à sa juste valeur marchande en vertu de l'art. 69(1)b)(ii).

Il s'agissait d'un appel et d'un contre-appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt. Le contribuable détenait neuf actions ordinaires dans une société qui exploitait une entreprise de vente de tapis et son épouse en détenait une. Le contribuable était l'âme dirigeante de la société. En 1979, 10 000 actions sans droit de vote de catégorie «A» ont été créées. En 1980, l'épouse du contribuable a souscrit à huit des nouvelles actions moyennant une contrepartie symbolique, ce qui portait sa participation à 50 %, alors que le contribuable a gardé ses neuf actions, ce qui a porté sa participation de 90 à 50 %. En 1981, huit actions ordinaires de catégorie «A» ont été émises à chacun des trois enfants du contribuable, moyennant une contrepartie symbolique, ce qui portait la participation du contribuable et de son épouse à 21,4 % chacun, la participation de chacun des enfants étant de 19 %. En 1982, la société a distribué des dividendes. Le ministre a établi une nouvelle cotisation à l'égard du contribuable pour 1981 au motif que l'émission des actions aux enfants constituait une disposition à titre gratuit d'un intérêt économique par le contribuable et son épouse, conformément à l'alinéa 245(2)c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. L'alinéa 245(2)c) prévoit que lorsqu'une opération a pour résultat qu'une personne confère un avantage à un contribuable, cette personne est réputée avoir fait au contribuable un paiement égal au montant de l'avantage conféré, nonobstant la forme ou les effets juridiques des opérations; le paiement doit, selon les circonstances, être réputé être une disposition à titre gratuit. Le contribuable et son épouse étaient réputés avoir reçu un produit de disposition égal à la juste valeur marchande des actions. Une somme égale à 80 % du gain en capital imposable reçu par l'épouse du contribuable a été attribuée au contribuable et a été incluse dans son revenu, conformément au paragraphe 74(2) de la *Loi* (selon lequel le gain tiré d'un bien transféré à un conjoint est réputé être le gain en capital de l'auteur du transfert). Le ministre a également établi une nouvelle cotisation à l'égard du contribuable pour 1982 au motif que les dividendes reçus par son épouse devraient être inclus dans son revenu conformément au paragraphe 74(1), qui prévoit que tout revenu tiré d'un bien transféré à un conjoint est réputé être le revenu de l'auteur du transfert.

Le litige portait sur (1) la nature de l'opération; (2) la question de savoir si l'alinéa 245(2)c) établissait un impôt; et (3) si les règles d'attribution du revenu entre conjoints s'appliquaient.

Le contribuable a soutenu (1) qu'il n'avait pas conféré d'avantage aux membres de sa famille parce qu'il n'avait rien reçu directement et n'avait pas disposé de quoi que ce soit. La

shares. He relied on the principle that a corporation is a legal entity separate and distinct from its shareholders. Accordingly, unissued shares are owned exclusively by the corporation. No property was transferred because taxpayer retained the same number of shares before and after the transactions. Alternatively, it was argued that the Act does not impose tax on a payment of a gift. If the capital gains provision (section 69) applied, then subsection 73(5), which allows the taxpayer to reduce the capital gain of a share transfer, must apply, giving the children the benefit of a rollover of the disposition of shares. (2) It was further argued that the spousal attribution rules should not apply because there was no disposition of property from the taxpayer to his wife or children. Furthermore, income flows from shares and it was an economic interest, not shares, that was transferred to the children.

Held, the taxpayer's cross-appeal with respect to the capital gain should be dismissed; the cross-appeal with respect to the capital gain attributed to the taxpayer from his spouse should be allowed. The Crown's appeal regarding the dividend income attributed back to the taxpayer should be dismissed.

(1) The transactions which resulted in the taxpayer's wife and children acquiring shares at less than fair market value was a benefit conferred by the taxpayer which was "deemed to be a disposition by way of a gift" under paragraph 245(2)(c). The concept of a corporation as a separate legal entity with shareholders having no proprietary interest apart from the shares is no longer absolute. That principle has been eroded by case law to reflect the realities of business law, particularly in relation to small corporations where there is a main shareholder. In larger corporations, directors have been increasingly held liable for the acts of the corporation. In income tax cases, courts have lifted the corporate veil where the sole motive for incorporation was tax avoidance. The phrase "notwithstanding the form or legal effect of the transactions" in paragraph 245(2)(c) also suggests that the Minister will examine the substance of the transaction, regardless of form. Where a controlling shareholder designs a transaction to increase the family members' proportion in the ownership of the company while decreasing the value of his own shareholdings, that transaction will be reviewed to assess income tax. The purpose behind paragraph 245(2)(c) is consistent with ascertaining the reason for issuing the shares. The concept of shares was created to provide a vehicle through which a corporation could raise capital. The corporation herein did not raise any capital through the impugned transactions. The taxpayer cannot cling to the concept of the corporation as a legal entity separate from the shareholders whose only proprietary interest is in the shares, when the real purpose behind the transaction was not to raise capital, but to increase the shareholdings of his family. That the taxpayer retained the same number of shares was not the determining factor.

société a émis les actions. Le contribuable a invoqué le principe selon lequel une société est une entité juridique séparée et distincte de ses actionnaires. Par conséquent, les actions non émises appartiennent exclusivement à la société. Aucun bien n'a été transféré parce que le contribuable avait gardé le même nombre d'actions avant et après les opérations. Subsidiairement, il a été soutenu que la Loi n'impose pas le paiement d'un don. Si la disposition concernant les gains en capital (article 69) s'applique, le paragraphe 73(5), qui permet au contribuable de réduire le gain en capital découlant d'un transfert d'actions, doit s'appliquer, de sorte que les enfants jouissent d'un transfert des actions libre d'impôt. (2) Il a en outre été soutenu que les règles d'attribution du revenu entre conjoints ne devraient pas s'appliquer parce qu'il n'y a pas eu de disposition d'un bien du contribuable en faveur de sa femme ou de ses enfants. En outre, ce sont les actions qui donnent lieu au revenu et c'est un intérêt économique qui a été transféré aux enfants et non des actions.

Jugement: le contre-appel du contribuable concernant le gain en capital devrait être rejeté; le contre-appel concernant le gain en capital du conjoint, attribué au contribuable, devrait être accueilli. L'appel de la Couronne à l'égard du revenu de dividendes attribué au contribuable devrait être rejeté.

(1) Les opérations qui ont permis à l'épouse et aux enfants du contribuable d'acquérir des actions pour une somme inférieure à leur juste valeur marchande constituaient un avantage conféré par le contribuable, lequel était «réputé être une disposition à titre gratuit» en vertu de l'alinéa 245(2)c). Le principe selon lequel la société est une entité juridique séparée, les actionnaires n'ayant aucun droit de propriété, sauf sur les actions, n'est plus absolu. Ce principe a été nuancé par la jurisprudence de façon à tenir compte des réalités du droit commercial, en particulier dans le cas des petites sociétés où il y a un actionnaire principal. Dans le cas des sociétés plus importantes, les administrateurs sont de plus en plus tenus responsables des actes de la société. Dans les affaires fiscales, les tribunaux ont fait abstraction de la personnalité morale si le seul mobile derrière la constitution de la société était l'évitement fiscal. L'expression «nonobstant la forme ou les effets juridiques des opérations» figurant à l'alinéa 245(2)c) laisse également entendre qu'indépendamment de la forme de l'opération, le ministre en examinera la nature véritable. Lorsqu'un actionnaire dominant conçoit une opération qui vise à accroître la participation des membres de sa famille dans la société tout en diminuant la valeur de sa propre participation, cette opération sera examinée afin de déterminer l'impôt à payer. L'alinéa 245(2)c) vise à évaluer la raison pour laquelle les actions ont été émises. La principale raison d'être des actions est de permettre à la société de se procurer des capitaux. En l'espèce, la société ne s'est procuré aucun capital par le biais des opérations contestées. Le contribuable ne peut pas invoquer le principe selon lequel la société est une entité juridique distincte de ses actionnaires, lesquels ont seulement un droit de propriété sur les actions, lorsque le véritable but de l'opération n'était pas de se procurer du capital, mais d'augmenter la participation de la famille. Le fait que le contribuable a gardé le même nombre d'actions n'est pas un facteur déterminant.

Section 245 is a characterizing provision. It characterizes a benefit as a deemed disposition. It was designed to identify transactions as indirect payments or transfers. It is under Part XVI, which is entitled "Tax Evasion". It is necessary to go to another Part of the Act to find the charging provisions. Under subparagraph 69(1)(b)(ii), the taxpayer is deemed to have received the proceeds of disposition if he disposes of anything at less than fair market value. The reason for the deemed disposition provisions was to prevent taxpayers from transferring an interest in property solely to avoid taxation consequences. Paragraph 245(2)(c) specifies that it is not necessary to have an intention to avoid taxes for a deemed disposition in the transfer of property. The taxpayer reduced his economic interest in the company at less than fair market value, and he is deemed to have received proceeds of disposition. Therefore, the transferred property is subject to the capital gains provisions in the Act. The rules with respect to *inter vivos* transfers of capital stock of a small business corporation (subsection 73(5)) did not apply. Subsection 73(5) requires that the property have been a share immediately before the transfer. What was transferred was a right to subscribe to shares and not shares themselves. The transferred property did not become a share until the children took the option and subscribed to shares.

(2) The spousal attribution rules did not apply. Although "transfer" in subsection 74(1) could include an indirect transfer of an economic interest, the more difficult issue was whether it included property through which taxpayer's wife earned income. It was the actual shares that created the income, not the right to subscribe to shares. Taxpayer's wife did not receive a direct right to receive dividends, but a right to acquire shares which she exercised. That right in itself did not create income. It was the exercising of the right through which taxpayer's wife acquired income earning property. Secondly, both transactions divesting taxpayer of shares were found to be "deemed dispositions by way of gift" pursuant to subsection 245(2)(c). Therefore section 69 applied. The transaction which created a right for the taxpayer's wife to subscribe to shares cannot be both a "deemed disposition by way of gift" under paragraph 245(2)(c) and a spousal transfer under subsection 74(1). If it is not a spousal transfer then the attribution rules do not apply.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Companies Act, R.S.A. 1980, c. C-20, s. 27.
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 69(1)(b)(ii), 73(5) (as am. by S.C. 1979, c. 5, s. 24), 74 (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 39, 82(1)), 227.1(1) (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 124), 245(2)(c).

L'article 245 est une disposition de caractérisation. Il prévoit qu'un avantage a pour caractéristique d'être une disposition présumée. Il vise à qualifier les opérations qui y sont énoncées de paiements ou de transferts indirects. Il se trouve à la partie XVI, qui est intitulée «Évasion fiscale». Il faut se reporter à une autre partie de la Loi pour trouver les dispositions d'application. En vertu du sous-alinéa 69(1)(b)(ii), le contribuable est réputé avoir reçu le produit de la disposition d'un bien s'il en dispose pour une somme inférieure à sa juste valeur marchande. La raison d'être des dispositions concernant la disposition présumée est d'empêcher les contribuables de transférer un droit de propriété uniquement pour éviter des conséquences fiscales. L'alinéa 245(2)(c) précise qu'il n'est pas nécessaire d'avoir l'intention d'éviter des impôts pour qu'il y ait disposition présumée dans le cas du transfert d'un bien. Le contribuable a réduit son intérêt économique dans la société pour une somme inférieure à sa juste valeur marchande et il est réputé avoir reçu le produit de la disposition. Par conséquent, le bien transféré est assujéti aux dispositions de la Loi en matière de gains en capital. Les règles relatives aux transferts entre vifs d'actions du capital-actions d'une société exploitant une petite entreprise (paragraphe 73(5)) ne s'appliquaient pas. Le paragraphe 73(5) exige que le bien ait été une action immédiatement avant le transfert. C'est un droit de souscrire à des actions qui a été transféré et non les actions elles-mêmes. Le bien transféré n'est pas devenu une action tant que les enfants n'ont pas levé l'option et qu'ils n'ont pas souscrit à des actions.

(2) Les règles d'attribution du revenu entre les conjoints ne s'appliquaient pas. Le mot «transfert» figurant au paragraphe 74(1) pourrait comprendre le transfert indirect d'un intérêt économique, mais il est plus difficile de savoir si ce transfert portait sur des biens desquels l'épouse du contribuable aurait tiré un revenu. Ce sont les actions elles-mêmes qui ont donné lieu au revenu et non le droit de souscrire à des actions. L'épouse du contribuable n'a pas reçu un droit direct de recevoir des dividendes, mais le droit d'acquérir des actions, droit qu'elle a exercé. Ce droit en soi ne produisait pas de revenu. C'est en l'exerçant que l'épouse du contribuable a acquis le bien qui lui a permis de toucher un revenu. En second lieu, les deux opérations par lesquelles le contribuable s'est départi de ses actions ont été jugées être des «dispositions présumées à titre gratuit» aux termes de l'alinéa 245(2)(c). L'article 69 s'appliquait donc. L'opération qui a créé le droit pour l'épouse du contribuable de souscrire à des actions ne saurait être à la fois «réputée être une disposition à titre gratuit» aux termes de l'alinéa 245(2)(c) et un transfert entre conjoints visé au paragraphe 74(1). Les règles d'attribution ne s'appliquent pas en l'absence d'un transfert entre conjoints.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Companies Act, R.S.A. 1980, chap. C-20, art. 27.
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 69(1)(b)(ii), 73(5) (mod. par S.C. 1979, chap. 5, art. 24), 74 (mod. par S.C. 1974-75-76, chap. 26, art. 39, 82(1)), 227.1(1) (édicte par S.C. 1980-81-82-83, chap. 140, art. 124), 245(2)(c).

The Companies Act, R.S.A. 1970, c. 60, s. 16 (as am. by S.A. 1975, c. 44, s. 2; 1976, c. 61, s. 2).

The Companies Act, R.S.A. 1970, chap. 60, art. 16 (mod. par S.A. 1975, chap. 44, art. 2; 1976, chap. 61, art.2).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED

Minister of National Revenue v. Dufresne, Didace, [1967] Ex.C.R. 128; [1967] C.T.C. 153; (1967), 67 DTC 5105; *Levine Estate v. Minister of National Revenue*, [1973] F.C. 285; [1973] CTC 219; (1973), 73 DTC 5182 (T.D.); *Applebaum v. Minister of National Revenue* (1971), 71 DTC 371 (T.A.B.).

DISTINGUISHED:

Kit-Win Holdings (1973) Ltd v The Queen, [1981] CTC 43; 81 DTC 5030 (F.C.T.D.); *Fasken, David v. Minister of National Revenue*, [1948] Ex.C.R. 580; [1948] CTC 265; (1948), 49 DTC 491.

CONSIDERED

Salomon v. Salomon & Co., [1897] A.C. 22 (H.L.); *Macaura v. Northern Assurance Co.*, [1925] A.C. 619 (H.L.); *Kosmopoulos et al. v. Constitution Insurance Co. of Canada et al.* (1983), 42 O.R. (2d) 428; 149 D.L.R. (3d) 77; 22 B.L.R. 111; 1 C.C.L.I. 83; [1983] I.L.R. 1-660 (C.A.); affd [1987] 1 S.C.R. 2; (1987), 34 D.L.R. (4th) 208; 36 B.L.R. 233; 22 C.C.L.I. 297; [1987] I.L.R. 1-2147; 74 N.R. 360; 21 O.A.C. 4; *Berger v. Willowdale A.M.C. et al.* (1983), 41 O.R. (2d) 89; 145 D.L.R. (3d) 247; 23 B.L.R. 19 (C.A.); *Sask. Econ. Dev. Corpn. v. Patterson-Boyd Mfg. Corpn.*, [1981] 2 W.W.R. 40; (1981), 6 Sask. R. 325 (C.A.); *Glacier Realities Ltd v The Queen*, [1980] CTC 308; (1980), 80 DTC 6243 (F.C.T.D.).

AUTHORS CITED

University of Alberta. Institute of Law Research and Reform. *Proposals for a New Alberta Business Corporations Act*, Volume 1, Report No. 36, Edmonton, Alberta, August 1980.
Welling, Bruce *Corporate Law in Canada: The Governing Principles*, Toronto: Butterworths, 1984.

COUNSEL:

Helen C. Turner for plaintiff (defendant by cross appeal).
H. George McKenzie for defendant (plaintiff by cross appeal).

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for plaintiff (defendant by cross appeal).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Minister of National Revenue v. Dufresne, Didace, [1967] R.C.É. 128; [1967] C.T.C. 153; (1967), 67 DTC 5105; *La succession Levine c. Le ministre du Revenu national*, [1973] C.F. 285; [1973] CTC 219; (1973), 73 DTC 5182 (1^{re} inst.); *Applebaum c. Ministre du revenu national* (1971), 71 DTC 371 (C.A.I.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Kit-Win Holdings (1973) Ltd c La Reine, [1981] CTC 43; 81 DTC 5030 (C.F. 1^{re} inst.); *Fasken, David v. Minister of National Revenue*, [1948] R.C.É. 580; [1948] CTC 265; (1948), 49 DTC 491.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Salomon v. Salomon & Co., [1897] A.C. 22 (H.L.); *Macaura v. Northern Assurance Co.*, [1925] A.C. 619 (H.L.); *Kosmopoulos et al. v. Constitution Insurance Co. of Canada et al.* (1983), 42 O.R. (2d) 428; 149 D.L.R. (3d) 77; 22 B.L.R. 111; 1 C.C.L.I. 83; [1983] I.L.R. 1-660 (C.A.); conf. par [1987] 1 R.C.S. 2; (1987), 34 D.L.R. (4th) 208; 36 B.L.R. 233; 22 C.C.L.I. 297; [1987] I.L.R. 1-2147; 74 N.R. 360; 21 O.A.C. 4; *Berger v. Willowdale A.M.C. et al.* (1983), 41 O.R. (2d) 89; 145 D.L.R. (3d) 247; 23 B.L.R. 19 (C.A.); *Sask. Econ. Dev. Corpn. v. Patterson-Boyd Mfg. Corpn.*, [1981] 2 W.W.R. 40; (1981), 6 Sask. R. 325 (C.A.); *Glacier Realities Ltd c La Reine*, [1980] CTC 308; (1980), 80 DTC 6243 (C.F. 1^{re} inst.).

DOCTRINE

University of Alberta. Institute of Law Research and Reform. *Proposals for a New Alberta Business Corporations Act*, Volume 1, Report No. 36, Edmonton, Alberta, August 1980.
Welling, Bruce *Corporate Law in Canada: The Governing Principles*, Toronto: Butterworths, 1984.

AVOCATS:

Helen C. Turner pour la demanderesse (défenderesse en contre-appel).
H. George McKenzie pour le défendeur (demandeur en contre-appel).

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour la demanderesse (défenderesse en contre-appel).

Bell, Felesky, Flynn, Calgary for defendant (plaintiff by cross appeal).

Bell, Felesky, Flynn, Calgary, pour le défendeur (demandeur en contre-appel).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

DENAULT J.: This is an appeal by the Minister of National Revenue from a decision of the Tax Court of Canada, as well as a cross-appeal by the taxpayer. It involves two transactions, the first resulted in the defendant's wife acquiring shares of the Company controlled by the defendant, the second resulted in his children acquiring shares. At issue are the 1981 and 1982 income tax years.

LE JUGE DENAULT: Il s'agit d'un appel interjeté par le ministre du Revenu national d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt, de même que d'un contre-appel interjeté par le contribuable. L'instance porte sur deux opérations: la première a permis à l'épouse du défendeur d'acquérir des actions de la société qu'il contrôlait; la seconde a permis à ses enfants d'acquérir des actions. Le litige intéresse les années d'imposition 1981 et 1982.

FACTS

The material facts were agreed to by the parties in an agreed statement of facts.

LES FAITS

Les parties se sont entendues sur les faits pertinents, lesquels sont énoncés dans un exposé conjoint des faits.

The defendant Albert Kieboom is an individual resident in Canada for the purposes of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63] (the "Act") who owned nine common shares in the capital of "Carpet Colour Centre (Red Deer) Limited" (the "Company"). The Company was incorporated May 3, 1976 and carried on the business of selling carpets in Red Deer and the surrounding area. It was a "Canadian-controlled private corporation" within the meaning of the Act which means that all or most of the fair market value of the assets were used in active business carried on primarily in Canada. At the time of incorporation, Adriana Kieboom ("Adriana"), Albert's wife, acquired one common share of the capital in the Company. At all material times, the defendant was the controlling mind and will of the Company. The Kiebooms have three children, Sheila Ibbotson ("Sheila"), Yost Kieboom ("Yost") and Alma Kieboom ("Alma"), all of whom were over the age of 18 and were Canadian residents at all material times, for the purposes of the Act.

Le défendeur, Albert Kieboom, est un particulier qui réside au Canada aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, chap. 63] (la «Loi»). Il était propriétaire de neuf actions ordinaires du capital-actions de «Carpet Colour Centre (Red Deer) Limited» (la «société»). La société a été constituée le 3 mai 1976. Elle exploitait une entreprise de vente de tapis à Red Deer et dans la région avoisinante. Il s'agissait d'une «corporation privée dont le contrôle est canadien», au sens de la Loi. Par conséquent, la juste valeur marchande de l'actif, ou une fraction importante de celle-ci, était affectée à l'exploitation active d'une entreprise, principalement au Canada. À l'époque où la société a été constituée, Adriana Kieboom («Adriana»), l'épouse d'Albert, a acquis une action ordinaire du capital-actions de celle-ci. À toutes les époques en cause, le défendeur était l'âme dirigeante de la société. Les Kieboom ont trois enfants, Sheila Ibbotson («Sheila»), Yost Kieboom («Yost») et Alma Kieboom («Alma»), lesquels étaient tous âgés de plus de 18 ans et étaient des résidents canadiens à toutes les époques en cause, aux fins de la Loi.

By a special resolution passed October 31, 1979 and registered with the Alberta Corporate Registry, the share capital of the Company was increased by the creation of 10,000 class "A" non-voting common

Par résolution spéciale passée le 31 octobre 1979 et enregistrée auprès du registre des entreprises de l'Alberta, le capital-actions de la société a été majoré par la création de 10 000 actions ordinaires sans droit

shares in the capital of the Company. At a February 12, 1980 meeting to determine the rights attaching to the newly created shares, the defendant declined to subscribe to any of the shares. However, Adriana subscribed to eight of the said shares for consideration of \$1 per share. After the meeting Adriana held one common share plus eight class "A" common shares, giving her 50% equity while the defendant retained his nine common shares with 50% equity. Prior to the meeting, the defendant held nine common shares with 90% equity while Adriana held one common share with 10% equity.

On March 1, 1981, the defendant and Adriana, who were at that time the directors and only shareholders of the Company, held a meeting. They determined that eight class "A" common shares of the Company would be issued to each of the three children for a consideration of \$1 per share. No shares were issued to either Adriana or the defendant.

After the issuance of shares to the children, the defendant and Adriana owned 21.4% of the equity, while each of the children Yost, Alma and Sheila owned 19% of the equity respectively. The effect of the issuance of shares to Adriana and later to the children was to decrease the defendant's proportionate shareholdings in the Company and to increase the shareholdings of his wife and children. The transactions were planned and executed by the defendant who desired to have the company issue shares first to his wife and later to his children, thereby decreasing his (and then his wife's) percentage of issued shares in the Company.

During the 1982 taxation year, the Company issued dividends in the amount of \$4,000 per common share and \$3,750 per class "A" share. During the 1982 taxation year, the taxable amount of dividends received by Adriana (after subsection 82(1) "gross-up") in respect of 7.2 of her class "A" shares was \$40,500 ($\$3,750 \times 7.2 \times 1.5 = \$40,500$).

By notice of reassessment dated August 10, 1987, the Minister of National Revenue reassessed the

de vote de catégorie «A». À une assemblée tenue le 12 février 1980 pour décider quels seraient les droits afférents aux actions nouvellement créées, le défendeur n'a souscrit à aucune de celles-ci. Cependant, Adriana a souscrit à huit de ces actions, moyennant une contrepartie d'un dollar l'action. Après l'assemblée, Adriana détenait une action ordinaire et huit actions ordinaires de catégorie «A», ce qui portait sa participation à 50 %. Pour sa part, le défendeur gardait ses neuf actions ordinaires, lesquelles représentaient une participation de 50 %. Avant l'assemblée, le défendeur détenait neuf actions ordinaires, c'est-à-dire une participation de 90 %, tandis qu'Adriana détenait une action ordinaire, soit une participation de 10 %.

Le 1^{er} mars 1981, le défendeur et Adriana, lesquels étaient à l'époque les administrateurs et seuls actionnaires de la société, ont tenu une assemblée. Ils ont décidé que huit actions ordinaires de catégorie «A» de la société seraient émises à chacun de leurs trois enfants, moyennant une contrepartie d'un dollar l'action. Aucune action n'a été émise à Adriana ou au défendeur.

Après l'émission de ces actions aux enfants, la participation du défendeur et d'Adriana s'établissait à 21,4 %, tandis que la participation de chacun des enfants, soit Yost, Alma et Sheila, était de 19 %. L'émission des actions à Adriana et aux enfants, par la suite, a eu pour effet de diminuer la participation du défendeur dans la société et d'accroître les participations respectives de son épouse et de ses enfants. Le défendeur a planifié et réalisé ces opérations. Celui-ci voulait que la société émette des actions d'abord à son épouse, puis à ses enfants, de manière à diminuer sa propre participation aux actions émises de la société (et celle de son épouse, par la suite).

Au cours de l'année d'imposition 1982, la société a distribué 4 000 \$ de dividendes par action ordinaire et 3 750 \$ par action de catégorie «A». Au cours de l'année d'imposition 1982, le montant imposable de dividendes reçus par Adriana (après la majoration prévue au paragraphe 82(1)) imputables à 7,2 de ses actions de catégorie «A», s'établissait à 40 500 \$ ($3\,750 \$ \times 7,2 \times 1,5 = 40\,500 \$$).

Dans un avis à cet effet en date du 10 août 1987, le ministre du Revenu national a établi une nouvelle

defendant for the 1981 taxation year. The issue of shares to Sheila, Yost and Alma constituted a disposition of an economic interest by way of gift from the defendant and Adriana pursuant to paragraph 245(2)(c) of the Act. Therefore, the defendant and Adriana were deemed to have received proceeds of disposition of \$113,450 each, which is equal to the fair market value economic interest of the shares. Eighty percent of the taxable capital gain received by Adriana was attributed to the defendant and included in his income pursuant to subsection 74(2) [as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 39] of the Act, which are the spousal attribution rules.

By notice of reassessment, dated May 25, 1989, the Minister reassessed the defendant for his 1982 taxation year, on the basis that the dividends received by Adriana (\$40,500) were includable in his income pursuant to subsection 74(1) [as am. *idem*] of the Act.

In the respective reassessments, the Minister assumed the above facts, except that he had originally placed the fair market value of the shares issued by the Company to the children at \$9,450 on March 1, 1981 and he is now willing to concede that the fair market value of the shares at that date was \$6,800.

PLAINTIFF'S ARGUMENT

The defendant decreased his proportionate economic interest in the Company by issuing eight treasury shares to Adriana, thereby conferring a benefit on Adriana. The benefit is deemed to be a payment to her under subsection 245(2), and the payment is deemed by paragraph 245(2)(c) to be a disposition by way of a gift. This gift is deemed to be a transfer of capital property, under the provisions of subsection 74(1) and the provisions of this section require the attribution to the defendant of the income arising from that property. Therefore, the Minister was correct in including \$40,500 as taxable dividends in the defendant's income in 1982.

The defendant and Adriana decreased their proportionate economic interest in the Company by issuing

cotisation à l'égard du défendeur pour l'année d'imposition 1981. L'émission des actions à Sheila, Yost et Alma constituait une disposition à titre gratuit d'un intérêt économique, par le défendeur et Adriana, visée à l'alinéa 245(2)c) de la Loi. En conséquence, le défendeur et Adriana étaient réputés avoir reçu un produit de disposition de 113 450 \$ chacun, c'est-à-dire la juste valeur marchande de l'intérêt économique des actions. Une somme égale à 80 % du gain en capital imposable reçu par Adriana a été attribuée au défendeur et a été incluse dans son revenu, conformément au paragraphe 74(2) [mod. par S.C. 1974-75-76, chap. 26, art. 39] de la Loi, lequel établit les règles d'attribution du revenu entre conjoints.

Dans un avis à cet effet en date du 25 mai 1989, le ministre a établi une nouvelle cotisation à l'égard du défendeur pour son année d'imposition 1982, au motif que les dividendes reçus par Adriana (40 500 \$) devaient être inclus dans son revenu, conformément au paragraphe 74(1) [mod., *idem*] de la Loi.

Pour établir les nouvelles cotisations respectives, le ministre a présumé les faits susmentionnés. Néanmoins, à l'origine, il avait estimé que la juste valeur marchande des actions émises par la société aux enfants était de 9 450 \$ au 1^{er} mars 1981. Or, il est maintenant disposé à admettre que la juste valeur marchande de ces actions à cette date était de 6 800 \$.

THÈSE DE LA DEMANDERESSE

Le défendeur a diminué son intérêt économique proportionnel dans la société en faisant émettre huit actions autodétenues à Adriana, lui conférant par là un avantage. L'avantage est réputé être un paiement à celle-ci en vertu du paragraphe 245(2), et ce paiement est réputé être une disposition à titre gratuit aux termes de l'alinéa 245(2)c). En vertu du paragraphe 74(1), cette disposition à titre gratuit est réputée être un transfert d'un bien en immobilisation. Ce paragraphe prescrit l'attribution au défendeur du revenu tiré de ces biens. En conséquence, c'est à bon droit que le ministre a inclus la somme de 40 500 \$, au titre de dividendes imposables dans le revenu du défendeur pour l'année 1982.

Le défendeur et Adriana ont diminué leur intérêt économique proportionnel dans la société en faisant

eight treasury shares to their children. This transaction conferred a benefit upon the children. Under the provision of subsection 245(2), the benefit is deemed to be a payment, and the payment is deemed by paragraph 245(2)(c) to be a disposition by way of gift. The defendant is deemed to have received proceeds of disposition in the amount of \$204,120 in respect of this gift to his children in the following manner: his own interest in the Company under subparagraph 69(1)(b)(ii) and by virtue of Adriana's economic interest, the provisions of subsection 74(2) require her proportion to be included in the defendant's taxable income.

DEFENDANT'S ARGUMENT

The defendant's submission relies on the assumption that there is no separate property interest referable to a corporation which can be described as an economic interest. The proportionate interest of persons having an interest in a corporation are reflected solely in the shareholdings. Therefore, the defendant denies the plaintiff's assumption that any of the shareholders owned property that constitutes an economic interest separate and apart from the shares of the Company.

The Minister seeks to tax the defendant by a decrease in the value of his shareholdings in the Company, as a result of the increase of the shareholdings of his wife and children. This is not sustainable under the provisions of the Act. The issuance of shares by the Company to his wife and children was a benefit conferred on them by the Company and not by him.

Alternatively, if the Court finds that the issuance of shares by the Company to Adriana and the children was a benefit conferred on them by the defendant under the provisions of paragraph 245(2)(c) by way of a gift, this has no tax consequences for the defendant. There is no provision in the Act which imposes a tax on a payment of a gift.

If the deemed payment of a gift is subject to tax under the provisions of the Act, it does not result in or give rise to a disposition of property by the defendant to Adriana. Therefore, the provisions of subsec-

émettre huit actions autodétenues à leurs enfants. Cette opération a conféré un avantage à ces derniers. En vertu du paragraphe 245(2), l'avantage est réputé être un paiement et celui-ci est réputé être une disposition à titre gratuit aux termes de l'alinéa 245(2)c). Le défendeur est réputé avoir reçu la somme de 204 120 \$, au titre du produit de cette disposition à titre gratuit en faveur de ses enfants, de la manière suivante: son propre intérêt dans la société en vertu du sous-alinéa 69(1)b)(ii) et, à cause de l'intérêt économique d'Adriana, les dispositions du paragraphe 74(2) font en sorte que la fraction imputable à celle-ci doit être incluse dans le revenu imposable du défendeur.

THÈSE DU DÉFENDEUR

La thèse du défendeur est fondée sur la présomption selon laquelle il n'existe aucun droit de propriété distinct qui se rapporte à une société que l'on puisse qualifier d'«intérêt économique». La participation d'une personne dans une société dépend uniquement du nombre d'actions qu'elle détient. Par conséquent, le défendeur nie la présomption de la demanderesse selon laquelle certains actionnaires possédaient des biens qui constituaient un intérêt économique distinct des actions de la société.

Le ministre cherche à imposer le défendeur en s'appuyant sur la diminution de la valeur de sa participation dans la société, à la suite de l'accroissement de la participation de son épouse et celle de ses enfants. Cette position est dénuée de fondement, eu égard aux dispositions de la Loi. L'émission d'actions par la société à son épouse et à ses enfants représentait un avantage qui leur a été conféré par la société et non par lui.

À titre subsidiaire, si la Cour conclut que l'émission d'actions par la société à Adriana et aux enfants constituait un avantage qui leur a été conféré par le défendeur aux termes de l'alinéa 245(2)c) au moyen d'une disposition à titre gratuit, cela n'a aucune conséquence fiscale pour le défendeur. Aucune disposition de la Loi n'impose le paiement d'un don.

Si le paiement réputé d'un don est assujéti à l'impôt en vertu de la Loi, il n'entraîne pas une disposition de biens par le défendeur en faveur d'Adriana. Par conséquent, les paragraphes 74(1) et 74(2) ne

tions 74(1) and 74(2) have no application to amounts received by Adriana in respect of her shares.

The defendant appeals the Tax Court finding that the issuance of shares by the Company to the defendant's children resulted in a disposition of the property of the defendant which is subject to tax under the provisions of the Act.

ANALYSIS

The first question to be addressed is the nature of the transaction through which Adriana acquired shares in the company and later through which the children acquired shares. The defendant's counsel argues that this is the case of a corporate treasury issuing shares to Mrs. Kieboom and later to the children. The defendant did not receive income directly. He received nothing, nor did he dispose of anything. Any tax liability must arise by virtue of some deemed or imputed income.

It is not in dispute that Adriana and then the children received a benefit which falls under the provisions of paragraph 245(2)(c).

245. ...

(2) Where the result of one or more sales, exchanges, declarations of trust, or other transactions of any kind whatever is that a person confers a benefit on a taxpayer, that person shall be deemed to have made a payment to the taxpayer equal to the amount of the benefit conferred notwithstanding the form or legal effect of the transactions or that one or more other persons were also parties thereto; and, whether or not there was an intention to avoid or evade taxes under this Act, the payment shall, depending upon the circumstances, be

(c) deemed to be a disposition by way of a gift.

The ability of Adriana and of the children to acquire shares at less than fair market value is a benefit.

The dispute is whether or not Mr. Kieboom conferred a benefit on Mrs. Kieboom. The defendant alleges that the Minister failed to allege that Mr. Kieboom conferred the benefit in their pleadings and the appeal should be dismissed on this basis alone. In support of this, counsel for the defendant refers to a decision of Cattanach J. which said that where "the Minister has failed to allege as a fact an essential ingredient to the validity of the assessment under the

s'appliquent pas aux sommes touchées par Adriana relativement à ses actions.

Le défendeur en appelle de la conclusion de la Cour de l'impôt selon laquelle l'émission des actions par la société aux enfants du défendeur a donné lieu à une disposition des biens de celui-ci, laquelle était assujettie à l'impôt en vertu de la Loi.

b ANALYSE

Il convient d'abord de déterminer la nature de l'opération par laquelle Adriana a acquis des actions de la société et par laquelle les enfants ont acquis des actions par la suite. L'avocat du défendeur soutient qu'en l'espèce, la société a émis des actions autodétenues à Mme Kieboom et aux enfants, par la suite. Le défendeur n'a pas reçu de revenu directement. Il n'a rien reçu et n'a pas disposé de quoi que ce soit. Or, toute obligation fiscale doit découler d'un revenu réputé ou imputé.

Le défendeur admet qu'Adriana et leurs enfants, par la suite, ont reçu un avantage visé à l'alinéa 245(2)c).

245. ...

(2) Lorsqu'une ou plusieurs ventes, échanges, déclarations de fiducie ou autres opérations de quelque nature que ce soit, ont pour résultat qu'une personne confère un avantage à un contribuable, cette personne est réputée avoir fait au contribuable un paiement égal au montant de l'avantage conféré, nonobstant la forme ou les effets juridiques des opérations ou le fait qu'une ou plusieurs autres personnes y aient été également parties; et, qu'il y ait eu ou non une intention d'éviter ou d'éluider des impôts prévus par la présente loi, le paiement doit, selon les circonstances, être

c) réputé être une disposition à titre gratuit.

Le fait qu'Adriana et les enfants aient pu acquérir des actions pour une somme moindre que leur juste valeur marchande représente un avantage.

En l'espèce, il s'agit de décider si M. Kieboom a conféré ou non un avantage à Mme Kieboom. Selon le défendeur, le ministre a fait défaut d'alléguer, dans ses plaidoiries, que M. Kieboom a conféré l'avantage et l'appel devrait être rejeté pour ce seul motif. Au soutien de cet argument, l'avocat du défendeur invoque un jugement du juge Cattanach où il a été statué que, lorsque «le ministre a fait défaut d'alléguer un fait qui constitue un élément essentiel à la

applicable statutory provision, there is no onus on the taxpayer to disprove that fact for the assumptions which were made did not of themselves support the assessment.”¹

I am unconvinced by this submission. I find no flaw in the plaintiff’s pleadings in this regard. The Minister has pleaded that the defendant was the controlling mind and will of the corporation in its statement of facts. In paragraphs 19 and 20 of its statement of claim, it is pleaded that the defendant planned and executed the transactions and that the economic interest received by Adriana was a gift subject to the provisions of paragraph 245(2)(c) and subsection 74(1). In paragraph 28 of the statement of claim, the Minister specifically pleads that the defendant decreased his economic interest which conferred a benefit on his wife. This is pleaded in paragraph 30 with respect to the transaction conferring a benefit on the children. The facts are different in *Kit-Win Holdings*. There, it was necessary for the Minister to allege that one of the motivating factors at the time of acquisition of the land was the possibility of resale. The Minister was seeking to include it in his income as adventure in the nature of trade. In this case, it was necessary to allege that a transaction occurred through which a person conferred a benefit which falls within the provisions of paragraph 245(2)(c). Since this was pleaded, I find no flaw in the plaintiff’s pleadings.

Counsel for the defendant has submitted that there was no property that was transferred by Mr. Kieboom to his wife Adriana or to the children. Before and after the meeting, which resulted in Mrs. Kieboom acquiring shares, the defendant retained the same number of shares. What occurred, in his submission, is that the corporate treasury issued shares to Mrs. Kieboom. This position assumes that the only link between a corporation and a shareholder is the share. Effectively, the defendant is relying on the long established principle in company law that a corporation is a legal entity separate and distinct from its shareholders. Accordingly, unissued shares are

¹ *Kit-Win Holdings (1973) Ltd v The Queen*, [1981] CTC 43 (F.C.T.D.), at pp. 55-56.

validité d’une cotisation conformément à la disposition applicable de la Loi, le contribuable n’est pas tenu de réfuter ce fait parce que les présomptions qui ont été établies ne permettraient pas en elles-mêmes d’étayer la cotisation»¹.

Cet argument ne me convainc pas. Je ne décèle aucun vice de forme dans les plaidoiries de la demanderesse à cet égard. Dans son exposé des faits, le ministre a plaidé que le défendeur était l’âme dirigeante de la société. Aux paragraphes 19 et 20 de sa déclaration, il plaide que le défendeur a planifié et réalisé les opérations et que l’intérêt économique reçu par Adriana était un don assujéti aux dispositions de l’alinéa 245(2)c) et du paragraphe 74(1). Au paragraphe 28 de la déclaration, le ministre plaide spécialement que le défendeur a diminué son intérêt économique, ce qui a eu pour effet de conférer un avantage à son épouse. Au paragraphe 30, le ministre plaide que cette opération a pareillement eu pour effet de conférer un avantage à ses enfants. Les faits en l’espèce sont différents de ceux dans l’affaire *Kit-Win Holdings*. Dans cette affaire là, le ministre devait alléguer que l’un des facteurs déterminants au moment de l’acquisition du terrain était la possibilité de le revendre. Le ministre cherchait à inclure le produit de cette vente dans le revenu du contribuable au titre d’une affaire de caractère commercial. En l’espèce, il fallait alléguer qu’une opération a eu lieu par laquelle une personne a conféré un avantage visé à l’alinéa 245(2)c). Puisque ceci a été plaidé, j’estime que les plaidoiries de la demanderesse ne sont pas entachées d’un vice de forme sous ce rapport.

L’avocat du défendeur a plaidé que M. Kieboom n’a pas transféré de biens à son épouse Adriana ou à ses enfants. Le défendeur était propriétaire du même nombre d’actions avant et après l’assemblée qui a permis à Mme Kieboom d’acquérir les actions. Selon l’avocat du défendeur, la société a émis des actions autodétenues à Mme Kieboom. Cette thèse est fondée sur la présomption selon laquelle l’action représente le seul lien entre une société et un actionnaire. Effectivement, le défendeur invoque le principe, établi de longue date en droit des sociétés, selon lequel une société est une entité juridique séparée et distincte de ses actionnaires. Par conséquent, les actions non émi-

¹ *Kit-Win Holdings (1973) Ltd c La Reine*, [1981] CTC 43 (C.F. 1^{re} inst.), aux p. 55 et 56.

owned exclusively by the corporation. In this respect, counsel has cited section 16 of *The Companies Act*² which describes the formal obligations of a company limited by shares. He has also directed my attention to various articles which describe the nature and definition of shares in relation to the corporation. A share is defined to be "simply a proportionate interest in the net worth of a business".³ Another definition of share that was cited is: "A share is the interest of a shareholder in the company A share is not a sum of money settled in any way suggested, but an interest measured by a sum of money" Another interesting point which was addressed by the material submitted by the defendant is the purpose behind the concept of shares. As Professor Welling notes: "[c]orporate design evolved as the legal vehicle for economic combinations of entrepreneurs, who participated personally, and capitalists, who participated financially".⁴ In other words, the share permits a corporation to raise capital and investors to invest money in a corporation.

Because the shareholder's only link to the corporation is through a share, the Minister's position that the taxpayer had an economic interest in the corporation is not sustainable under corporate law nor under the provisions of the *Income Tax Act*. However, the principle of a corporation as a legal entity separate and apart from its shareholders is no longer absolute. The general legal principle is that a shareholder does not have any proprietary interest in the corporation which as a legal person cannot be owned. The shareholder's property is in the shares which confer only the rights that are specified in the corporate constitution. However, this principle has been eroded to reflect the realities of business law. I will review

ses appartiennent exclusivement à la société. À cet égard, l'avocat du défendeur a cité l'article 16 de la *Companies Act* de l'Alberta², lequel énonce les obligations juridiques d'une société par actions. Il a également attiré mon attention sur divers articles de doctrine qui énoncent la nature et la définition des actions par rapport à la société. Une action est notamment définie comme étant [TRADUCTION] «simplement un intérêt proportionnel dans la valeur nette d'une entreprise»³. Selon une autre définition qu'il a citée: [TRADUCTION] «une action est l'intérêt d'un actionnaire dans la société . . . une action n'est pas une somme d'argent établie d'une manière suggérée; il s'agit plutôt d'un intérêt mesuré par une somme d'argent . . . ». Une autre question intéressante qui a été traitée dans les documents fournis par le défendeur porte sur l'objet visé par la notion d'action. Comme le signale le professeur Welling, [TRADUCTION] «la structure sociale est devenue le moyen juridique de combiner les efforts économiques des entrepreneurs, lesquels participaient personnellement et ceux des capitalistes, lesquels participaient financièrement»⁴. Autrement dit, l'action permet à la société de se procurer des capitaux tout en permettant aux investisseurs de placer de l'argent dans une société.

Du fait que l'action représente le seul lien entre l'actionnaire et la société, la thèse du ministre selon laquelle le contribuable avait un intérêt économique dans la société est dénuée de fondement, eu égard au droit des sociétés et aux dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Cependant, le principe selon lequel une société est une entité juridique séparée et distincte de ses actionnaires n'est plus absolu. Le principe juridique général veut que l'actionnaire n'ait pas un droit de propriété sur la société, laquelle ne peut être possédée du fait de sa personnalité juridique. L'actionnaire est plutôt propriétaire des actions, qui confèrent seulement les droits qui sont précisés dans les statuts de la société. Toutefois, ce principe a été nuancé pour tenir compte des réalités du droit commercial. Je vais brièvement passer en revue l'évolution du droit des sociétés en ce qui a

² *The Companies Act*, R.S.A. 1970, c. 60, s. 16 (as am. by S.A. 1975, c. 44, s. 2; 1976, c. 61, s. 2).

³ *Proposals for a New Alberta Business Corporations Act*.

⁴ Welling, *Bruce Corporate Law in Canada: The Governing Principles*, "The Corporate Capital Structure" (Toronto: Butterworths), at p. 569.

² *The Companies Act*, R.S.A. 1970, chap. 60, art. 16 (mod. par S.A. 1975, chap. 44, art. 2; 1976, chap. 61, art. 2).

³ *Proposals for a New Alberta Business Corporations Act*.

⁴ Welling, *Bruce Corporate Law in Canada: The Governing Principles*, «The Corporate Capital Structure» (Toronto: Butterworths), à la p. 569.

briefly the development of corporate law in respect of the corporation as a separate legal entity.

*Salomon v. Salomon & Co.*⁵ established the principle of the corporation's separate legal personality. There, Mr. Salomon set up a company and sold his shoe business to it. He took shares and a debenture from the company as a payment, thereby making himself a secured creditor of the company. The company wound up a year later and the creditors attempted to recover from Mr. Salomon, arguing that the corporation was an *alter ego* of Mr. Salomon. The House of Lords held that as long as the statutory requirements of incorporation are met, a corporation becomes a legal entity separate and apart from the person who set it up. It does not matter whether it is a sole shareholder or what the purposes of incorporation were. The corporation is a separate legal entity apart from its shareholders.

This principle is reflected in company law legislation where the certificate of incorporation is conclusive evidence of incorporation under the *Companies Act*.⁶ The policy reason behind the rule is to encourage business activity without holding the entrepreneur personally liable for the corporation's debts. It also encourages investment in companies by allowing investors to invest at a predetermined loss.

As time went on, the difficulties of the corporation's separate legal personality became apparent. In the law of insurance a main shareholder could not recover from loss to the company because his insurable interest was in the shares and not in the corporation. The business insurance policy had to be in the corporation's name.⁷ However, a 1981 Ontario case⁸ allowed a sole shareholder to recover from an insurance policy which was registered in his name and not

trait au principe voulant que la société soit une entité juridique distincte.

L'arrêt *Salomon v. Salomon & Co.*⁵ a établi le principe de la personnalité juridique distincte de la société. Dans cette affaire, M. Salomon avait constitué une société à laquelle il avait vendu son entreprise de cordonnerie. En contrepartie, il avait acquis des actions et une débenture de la société, si bien qu'il était devenu un créancier garanti de celle-ci. La société a été liquidée un an plus tard et les créanciers ont tenté de recouvrer ce qui leur était dû de M. Salomon. Ceux-ci plaidaient que la société était l'*alter ego* de M. Salomon. Selon l'arrêt de la Chambre des lords, tant que les exigences légales en matière de constitution en personne morale sont respectées, une société devient une entité juridique séparée et distincte de la personne qui l'a fait constituer. Peu importe qu'il y ait un seul actionnaire, ou les objets pour lesquels la société a été constituée. La société est une entité juridique distincte de ses actionnaires.

Ce principe est consacré dans les lois régissant le droit des sociétés. Ainsi, le certificat de constitution représente une preuve concluante de constitution en vertu de la *Companies Act*.⁶ La politique qui sous-tend cette règle vise à encourager l'activité commerciale sans que l'entrepreneur ne soit tenu personnellement responsable des dettes de la société. Elle vise aussi à encourager l'investissement dans les sociétés en permettant aux investisseurs de placer leur argent en limitant leurs pertes à un montant déterminé à l'avance.

Avec le temps, les difficultés afférentes à la personnalité juridique distincte de la société sont devenues évidentes. En droit des assurances, un actionnaire principal ne pouvait se faire indemniser pour une perte subie par la société du fait que son intérêt assurable se rapportait aux actions et non à la société. Le contrat d'assurance de l'entreprise devait être fait au nom de la société.⁷ Cependant, dans un arrêt ontarien de 1981⁸, le tribunal a permis à un actionnaire

⁵ *Salomon v. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22 (H.L.).

⁶ *Companies Act*, R.S.A. 1980, c. C-20, s. 27.

⁷ *Macaura v. Northern Assurance Co.*, [1925] A.C. 619 (H.L.).

⁸ *Kosmopoulos et al. v. Constitution Insurance Co. of Canada et al.* (1983), 42 O.R. (2d) 428 (C.A.); affd [1987] 1 S.C.R. 2.

⁵ *Salomon v. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22 (H.L.).

⁶ *Companies Act*, R.S.A. 1980, chap. C-20, art. 27.

⁷ *Macaura v. Northern Assurance Co.*, [1925] A.C. 619 (H.L.).

⁸ *Kosmopoulos et al. v. Constitution Insurance Co. of Canada et al.* (1983), 42 O.R. (2d) 428 (C.A.); conf. par [1987] 1 R.C.S. 2.

in the name of the company which he had incorporated. The reasoning was that a sole shareholder does not have a proprietary interest in the company assets, but is the only one who can lose if the assets are destroyed. Therefore, if the assets are insured by the shareholder personally, he can recover because there will be a certainty of loss.

Other circumstances in which the corporate veil has been lifted are where a director was held to be personally liable where he refrained from action and could see that the corporation was not carrying out its duties;⁹ and where a corporation was created to circumvent legal obligations and obtain debt priority.¹⁰

In summary, the concept of the corporation as a separate legal entity with shareholders having no proprietary interest apart from the shares is no longer absolute. The principle has been eroded to reflect the realities of business law. This is a development which is especially applicable to small corporations where there is a main shareholder as is found in the present case. In larger corporations, directors have been increasingly held liable for the acts of the corporation.

In income tax law, the corporate veil has been lifted to ascertain the motive behind incorporation. If the sole motive was tax avoidance, the courts have lifted the corporate veil. In *Glacier Realties Ltd v The Queen*, Addy J. (as he then was) looked behind the corporate veil to determine the main purpose of a land purchase:

The fact that a company was incorporated for the sole purpose of holding a single parcel of land and did not engage in any other type of business, is a factor to be considered but is by no means conclusive as to what the object of the taxpayer was in purchasing the land The objects clauses of a cor-

⁹ *Berger v. Willowdale A.M.C. et al.* (1983), 41 O.R. (2d) 89 (C.A.).

¹⁰ *Sask. Econ. Dev. Corp. v. Patterson-Boyd Mfg. Corpn.*, [1981] 2 W.W.R. 40 (C.A.).

unique de se faire indemniser en vertu d'un contrat d'assurance qui avait été enregistré à son nom et non à celui de la société qu'il avait fait constituer. Le tribunal a jugé que même si l'actionnaire unique n'avait aucun droit de propriété à l'égard des biens de la société, il était le seul qui pouvait subir une perte si les biens étaient détruits. Par conséquent, si les biens sont assurés par l'actionnaire à titre personnel, il peut se faire indemniser car il sera certain de subir une perte.

Il est d'autres circonstances dans lesquelles les tribunaux ont fait abstraction de la personnalité morale, notamment le cas où un administrateur a été jugé personnellement responsable lorsqu'il a fait défaut d'agir alors qu'il pouvait constater que la société ne remplissait pas ses fonctions⁹, et le cas où une société a été créée pour éluder certaines obligations juridiques et obtenir un rang prioritaire à l'égard d'une créance¹⁰.

En résumé, le principe selon lequel la société est une entité juridique distincte de ses actionnaires, lesquels n'ont aucun droit de propriété, sauf sur les actions, n'est plus absolu. Ce principe a été nuancé pour tenir compte des réalités du droit commercial. Cette tendance vise surtout les petites sociétés où il y a un actionnaire principal, comme en l'espèce. Dans le cas des sociétés plus importantes, les administrateurs sont, de plus en plus, tenus responsables des actes de la société.

En droit fiscal, les tribunaux ont fait abstraction de la personnalité morale pour établir les mobiles derrière la constitution de la société. Si le seul mobile était l'évitement fiscal, les tribunaux ont fait abstraction de la personnalité morale. Dans le jugement *Glacier Realties Ltd c La Reine*, le juge Addy (tel était alors son titre) a fait abstraction de la personnalité morale pour connaître le but principal de l'achat d'un terrain:

Le fait que la société a été constituée dans le seul but de détenir un unique terrain et qu'elle n'a exercé aucune autre activité est un facteur à considérer, mais ne constitue nullement la preuve concluante du but que poursuivait le contribuable en achetant le terrain . . . Les objectifs d'une société sont moins

⁹ *Berger v. Willowdale A.M.C. et al.* (1983), 41 O.R. (2d) 89 (C.A.).

¹⁰ *Sask. Econ. Dev. Corp. v. Patterson-Boyd Mfg. Corpn.*, [1981] 2 W.W.R. 40 (C.A.).

poration are also relatively unimportant in determining its intentions as compared with what it actually did It is important where [a] private company such as the present one is concerned to go behind the corporate veil and examine the background of the shareholders in order to determine more precisely if possible the purpose or purposes of the purchase.¹¹

Another example in the Act where the veil is lifted is subsection 227.1(1) [as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 124] which holds directors of a corporation personally liable for unpaid taxes.

In the present case, the issue is the substance of a transaction. The relevant section of the Act is paragraph 245(2)(c). The question is whether the defendant had an interest in the corporation which allowed him to confer the right to subscribe to shares on his wife and later his children. This section reads as follows:

245

(2) Where the result of one or more sales, exchanges, declarations of trust, or other transactions of any kind whatever is that a person confers a benefit on a taxpayer, that person shall be deemed to have made a payment to the taxpayer equal to the amount of the benefit conferred notwithstanding the form or legal effect of the transactions or that one or more other persons were also parties thereto; and, whether or not there was an intention to avoid or evade taxes under this Act, the payment shall, depending upon the circumstances, be

(c) deemed to be a disposition by way of a gift.

The wording of the section states "notwithstanding the form or legal effect of the transactions". This would suggest that irrespective of the form of the transaction, the Minister will examine the substance of the transaction.

Counsel for the plaintiff referred me to *Minister of National Revenue v. Dufresne, Didace*,¹² a case which interpreted the predecessor section to paragraph 245(2)(c). In *Dufresne*, the taxpayer was the controlling shareholder and the owner of practically all of the shares. Mr. Dufresne owned 164 shares, his wife owned 1 share, while each of his five children

¹¹ *Glacier Realty Ltd v The Queen*, [1980] CTC 308 (F.C.T.D.), at p. 310.

¹² *Minister of National Revenue v. Dufresne, Didace*, [1967] Ex.C.R. 128.

importants que ses actions quand il s'agit d'établir ses intentions En ce qui concerne les sociétés privées comme celle qui est en cause, il est important de pénétrer dans les coulisses de l'entreprise pour étudier les antécédents de ses actionnaires afin de cerner avec plus de sûreté si possible le but ou les buts de l'achat en cause¹¹.

Un autre exemple dans la Loi où il est fait abstraction de la personnalité morale se trouve au paragraphe 227.1(1) [édicte par S.C. 1980-81-82-83, chap. 140, art. 124], qui tient les administrateurs de la société personnellement responsables des impôts impayés.

En l'espèce, il s'agit d'établir la nature véritable d'une opération. La disposition pertinente de la Loi est l'alinéa 245(2)c). Il s'agit de savoir si le défendeur avait un intérêt dans la société qui lui permettait de conférer à son épouse et à ses enfants, par la suite, le droit de souscrire à des actions. Cet alinéa dispose:

245. . . .

(2) Lorsqu'une ou plusieurs ventes, échanges, déclarations de fiducie ou autres opérations de quelque nature que ce soit ont pour résultat qu'une personne confère un avantage à un contribuable, cette personne est réputée avoir fait au contribuable un paiement égal au montant de l'avantage conféré, nonobstant la forme ou les effets juridiques des opérations ou le fait qu'une ou plusieurs autres personnes y aient été également parties; et, qu'il y ait eu ou non une intention d'éviter ou d'éluder des impôts prévus par la présente loi, le paiement doit, selon les circonstances, être

c) réputé être une disposition à titre gratuit.

Cette disposition précise qu'elle s'applique «nonobstant la forme ou les effets juridiques des opérations». Cela laisse entendre qu'indépendamment de la forme de l'opération, le ministre en examinera la nature véritable.

L'avocat de la demanderesse a invoqué le jugement *Minister of National Revenue v. Dufresne, Didace*¹², dans lequel le tribunal a interprété la disposition correspondant à l'alinéa 245(2)c) actuel. Dans l'affaire *Dufresne*, le contribuable était l'actionnaire dominant et le propriétaire de presque toutes les actions. M. Dufresne était propriétaire de 164 actions,

¹¹ *Glacier Realty Ltd c La Reine*, [1980] CTC 308 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 310.

¹² *Minister of National Revenue v. Dufresne, Didace*, [1967] R.C.É. 128.

owned 15 shares each. He was the head of the family and had the controlling influence in the determination of events which led to the reassessment and appeal. The impugned transactions in *Dufresne* were ones in which the company offered to each of the shareholders the right to purchase three new shares for each share held at a purchase price of \$100 a share. Prior to the stock option, the original shares had a value of \$1,421.47. The children exercised the options and neither the taxpayer nor his wife exercised their options. The result was that the taxpayer retained the same number of shares, 164, but the value of the shares had dropped to \$78,560 from \$243,044. The children's shareholdings had risen from 15 to 360 common shares from a value of \$21,315 to \$199,400.

The Exchequer Court held that a benefit was conferred on the children by the taxpayer, Mr. Dufresne. The basis of this decision was that the taxpayer, Mr. Dufresne had an interest separate and apart from his shareholdings. President Jackett (as he then was) gave the underlying reasons behind the transaction: "[t]he sequence of events bears all the earmarks of a series of company transactions that had been arranged in advance by the major shareholder and father, after taking appropriate professional advice, with a view to achieving the result of increasing the children's proportions in the ownership of the stock of the company".¹³

Paragraph 137(2)(c) [R.S.C. 1952, c. 148], the predecessor to paragraph 245(2)(c), has been interpreted to look behind the corporate veil to look at the substance of the transaction. Where a controlling shareholder designs a transaction to increase the family members' proportion in the ownership of the company while decreasing the value of his own shareholdings, that transaction will be reviewed to assess income tax.

While *Dufresne* was decided under the provisions of paragraph 137(2)(c), which is the predecessor to paragraph 245(2)(c), the wording is identical to the present paragraph except that the words "to which

¹³ Ibid., at p. 138.

son épouse était propriétaire d'une action, tandis que chacun de ses cinq enfants était propriétaire de 15 actions. Il était le chef de la famille et exerçait une influence dominante sur le cours des événements qui ont mené à la nouvelle cotisation et à l'appel. Dans les opérations contestées dans l'affaire *Dufresne*, la société avait offert à chacun des actionnaires le droit d'acheter trois nouvelles actions pour chaque action détenue au prix d'achat de 100 \$ l'action. Avant l'option d'achat d'actions, les actions émises à l'origine avaient une valeur de 1 421,47 \$. Les enfants ont levé leurs options, tandis que le contribuable et son épouse n'ont pas levé les leurs. En conséquence, le contribuable est demeuré propriétaire du même nombre d'actions, soit 164. Cependant, la valeur des actions a chuté de 243 044 \$ à 78 560 \$. La participation des enfants est passée de 15 à 360 actions ordinaires, dont la valeur est passée de 21 315 \$ à 199 400 \$.

La Cour de l'Échiquier a statué que le contribuable, M. Dufresne avait conféré un avantage à ses enfants. En effet, la Cour a jugé que M. Dufresne avait un intérêt séparé et distinct des actions qu'il détenait. Le président Jackett (tel était alors son titre) a énoncé les motifs sous-jacents à l'opération: [TRADUCTION] «L'ordre chronologique dans lequel les événements se sont produits dénote clairement qu'il s'agissait d'une série d'opérations de la société planifiées à l'avance par l'actionnaire principal et le père, après avoir obtenu les conseils professionnels appropriés, dans le but d'augmenter la participation des enfants dans le capital-actions de la société»¹³.

L'alinéa 137(2)c) [S.R.C. 1952, chap. 148], le prédécesseur de l'alinéa 245(2)c) actuel, a été interprété de manière à pouvoir faire abstraction de la personnalité morale pour pouvoir connaître la nature véritable de l'opération. Lorsqu'un actionnaire dominant conçoit une opération qui vise à accroître la participation des membres de sa famille dans la société tout en diminuant la valeur de sa propre participation, cette opération sera examinée aux fins de déterminer l'impôt à payer.

Bien que le jugement *Dufresne* ait été rendu sous le régime de l'alinéa 137(2)c), le prédécesseur de l'alinéa 245(2)c), son libellé est identique au texte actuel, sauf les mots «à laquelle s'applique la partie IV», les-

¹³ Ibid., à la p. 138.

part IV applies” were dropped. The gift tax was abolished in 1971, an issue which I will address later.

President Jackett held that if there was a benefit conferred upon the children by Mr. Dufresne, then he is deemed to have made a payment to each of the children equal to the amount of the benefit. That payment is “deemed to have been a disposition by way of a gift”, which attracts taxation under Part IV as it then was.

Dufresne has also been followed in *Applebaum v. Minister of National Revenue*¹⁴ where the children of the taxpayer acquired the right to subscribe to shares through a behind-the-scenes transfer of the taxpayer’s interest in the company. The learned member of the Tax Appeal Board makes the following comments, at page 378:

This relinquishing of control to the other shareholders by the appellant was the direct result of his decision not to exercise his “right” to the full and the subsequent exercise of their “rights” by the other shareholders . . . There was no question that the appellant was the head of his family and had their future interests at heart as well as being controlling shareholder of the family company, and that he designed the course that was to be followed in full expectation that his wishes would be respected and the plan accepted, as in fact it was.

Dufresne was also followed in *Levine Estate v. Minister of National Revenue*¹⁵ wherein the deceased’s son acquired 5,000 shares in his father’s company at a reduced price. It was found that the transactions which implemented the conferral of the right to subscribe to shares were executed at the direction of the controlling mind and will of the corporation, the late Mr. Abe Levine. Therefore, the benefit was a gift taxable in the hands of Mr. Levine.

The purpose behind paragraph 245(2)(c) is consistent with ascertaining the reason for issuing the shares. As I noted above, the main reason for the creation of the concept of shares was a vehicle through which a corporation could raise capital. In the present case, the corporation raised absolutely no capital through the impugned transactions. On the contrary,

¹⁴ *Applebaum v. Minister of National Revenue* (1971), 71 DTC 371 (T.A.B.).

¹⁵ *Levine Estate v. Minister of National Revenue*, [1973] F.C. 285 (T.D.).

quels ont été supprimés. L’impôt sur les dons a été aboli en 1971. Je traiterai cette question plus loin.

Le président Jackett a statué que si M. Dufresne avait conféré un avantage à ses enfants, il était alors réputé avoir fait à chacun d’eux un paiement égal au montant de l’avantage. Ce paiement était «réputé être une disposition à titre gratuit», laquelle était imposable sous le régime de la partie IV, en vigueur à l’époque.

Le jugement *Dufresne* a également été suivi dans la décision *Applebaum c. Ministre du revenu national*¹⁴. Dans cette affaire, les enfants du contribuable avaient acquis le droit de souscrire à des actions grâce au transfert secret de la part du contribuable dans la société. Le membre de la Commission d’appel de l’impôt a fait les commentaires suivants, à la page 378:

Cet abandon de la majorité par l’appelant au profit des autres actionnaires était la conséquence directe de sa décision de ne pas exercer pleinement son «droit» et de l’exercice subséquent par les autres actionnaires de leurs «droits». Il ne fait aucun doute que l’appelant était le chef de sa famille et qu’il avait à cœur l’avenir de celle-ci, tout en étant l’actionnaire majoritaire de la compagnie familiale. Il a donc conçu la marche à suivre avec le ferme espoir que ses souhaits seraient respectés et le plan accepté, ce qui s’est en fait passé.

Le jugement *Dufresne* a également été suivi dans l’affaire *La succession Levine c. Le ministre du Revenu national*¹⁵ où le fils du défunt avait acquis 5 000 actions de la société de son père à prix réduit. Il a été jugé que les opérations qui avaient permis de conférer le droit de souscrire aux actions avaient été réalisées à la demande de l’âme dirigeante de la société, feu M. Abe Levine. Par conséquent, l’avantage était un don imposable comme revenu de M. Levine.

L’alinéa 245(2)c) vise à évaluer la raison pour laquelle les actions ont été émises. Comme je l’ai signalé précédemment, la principale raison d’être des actions est de permettre à la société de se procurer des capitaux. En l’espèce, la société ne s’est procuré aucun capital par le biais des opérations contestées. Au contraire, elle a émis des actions, moyennant une

¹⁴ *Applebaum c. Ministre du revenu national* (1971), 71 DTC 371 (C.A.I.).

¹⁵ *La succession Levine c. Le ministre du Revenu national*, [1973] C.F. 285 (1^{re} inst.).

it issued shares for nominal consideration to members of the controlling shareholder's family. The defendant cannot cling steadfastly to the concept of the corporation as a separate legal entity from the shareholders whose only proprietary interest is in the shares when the real purpose behind the transaction was not to raise capital, but to increase the shareholdings of his family.

This reasoning is applicable to the present case. Here the defendant was the controlling mind and will of the Company. It is agreed that the defendant desired to have the company issue shares first to his wife and later to his children, thereby decreasing his, and then both his and later his wife's proportionate interest in the Company. Therefore, the fact that Mr. Kieboom retained the same number of shares is not the determining factor. He divested himself of his economic interest to the benefit of his wife and later his children's. He did this by diluting his own shareholdings and increasing his wife's and later his children. This finding is consistent with the reasoning in *Dufresne*, as well as the development of the corporate law in respect to shares.

Counsel for the defendant submits that the present case is distinguished from the *Dufresne* case because it was decided at a time when there was a gift tax. Since there is no longer a gift tax, there are no taxation consequences in such a situation. The defendant takes the position that section 245 is a charging provision which means that it must bring something into the taxpayer's income. A charging section operates in two stages, there must be a benefit and the benefit is deemed to be a payment. Because the Minister took the position that it was a gift under paragraph (c), there are no taxation consequences since the gift tax was abolished. While the Act taxes dispositions of property elsewhere, the section does not deal with that, it simply says "deemed to be a disposition by way of a gift." The Minister's method of assessing tax on the transaction, it is argued, is a tortuous route through the Act which is not sustainable.

contrepartie symbolique, aux membres de la famille de l'actionnaire dominant. Le défendeur ne peut s'acharner à invoquer le principe selon lequel la société est une entité juridique distincte de celle de ses actionnaires, lesquels ont seulement un droit de propriété sur les actions, lorsque le véritable but de l'opération n'était pas de se procurer du capital mais d'augmenter la participation de sa famille.

b

Ce raisonnement est applicable dans la présente affaire. En l'espèce, le défendeur était l'âme dirigeante de la société. Tous admettent que le défendeur voulait que la société émette des actions d'abord à son épouse, puis à ses enfants, si bien que sa propre participation dans la société, dans un premier temps, puis la sienne et celle de son épouse, par la suite ont diminué. Par conséquent, le fait que M. Kieboom ait gardé le même nombre d'actions n'est pas un facteur déterminant. Il s'est départi de son intérêt économique pour avantager son épouse et, par la suite, ses enfants. Il l'a fait en diluant sa propre participation et en augmentant celle de son épouse, puis celle de ses enfants. Cette conclusion est conforme au raisonnement exposé dans l'affaire *Dufresne*, de même qu'à l'évolution du droit des sociétés en matière d'actions.

f

L'avocat du défendeur prétend qu'une distinction peut être faite entre la présente cause et l'affaire *Dufresne*, du fait que cette dernière a été jugée à une époque où il existait un impôt sur les dons. Puisque cet impôt n'existe plus, une telle situation n'entraîne aucune conséquence fiscale. Le défendeur soutient que l'article 245 est une disposition d'application, c'est-à-dire qu'elle doit inclure quelque chose dans le revenu du contribuable. Une disposition d'application opère en deux étapes: il doit d'abord y avoir un avantage; ensuite, l'avantage est réputé être un paiement. Puisque le ministre a soutenu qu'il s'agissait d'une disposition à titre gratuit aux termes de l'alinéa 245(2)c), il n'y a aucune conséquence fiscale, puisque l'impôt sur les dons a été aboli. Alors que la Loi impose les dispositions de biens ailleurs, l'article ne traite pas cette question, il prévoit simplement que le paiement est «réputé être une disposition à titre gratuit». Selon l'avocat du défendeur, le ministre, pour imposer l'opération, a dû interpréter la Loi selon un raisonnement tortueux et dénué de fondement.

I am unconvinced by this argument. In my opinion, section 245 is a characterizing provision. It is designed to identify transactions as indirect payments or transfers. The section is under Part XVI which is entitled "Tax Evasion". Even if the gift tax had not been abolished, it would be necessary to go to another Part of the Act in order to find the charging provisions. Therefore, it is not necessary for this section to bring something into the taxpayer's income. The section characterizes a benefit as a deemed disposition.

Other provisions of the Act operate to tax gifts. The technical notes from the Finance Department, referred to by both counsel, indicate that the Department did not consider that repealing the gift tax created a taxation vacuum. The capital gains provisions operate to tax gifts. The applicable section here is subparagraph 69(1)(b)(ii), which provides that the taxpayer is deemed to have received the proceeds of disposition if he disposes of anything at less than the fair market value. The underlying reason for the deemed disposition provisions at fair market value is to prevent taxpayers from transferring an interest in property for the purposes of avoiding taxation consequences. Paragraph 245(2)(c) specifies that it is not necessary to have an intention to avoid taxes for a deemed disposition in the transfer of property. In this case, I have found that the taxpayer reduced his economic interest in the company at less than the fair market value, and he is deemed to have received proceeds of disposition. Therefore, the transferred property is subject to the capital gains provisions in the Act. While the route may be tortuous, the principle is a simple one. A taxpayer cannot give away an interest in property at less than fair market value without attracting taxation. The rationale behind this principle is to capture transactions which are designed to transfer ownership without attracting tax consequences.

Alternatively, the defendant argues that if section 69 applies in the circumstances, then subsection 73(5) [as am. by S.C. 1979, c. 5, s. 24] must apply

Cet argument ne me convainc pas. À mon avis, l'article 245 est une disposition de caractérisation. Il vise à qualifier les opérations qui y sont énoncées de paiements ou de transferts indirects. La disposition se trouve à la partie XVI, laquelle est intitulée «Évasion fiscale». Même si l'impôt sur les dons n'avait pas été aboli, il serait nécessaire de se reporter à une autre partie de la Loi pour trouver les dispositions d'application. Par conséquent, il n'est pas nécessaire que cet article inclue quelque chose dans le revenu du contribuable. L'article prévoit qu'un avantage a pour caractéristique d'être une disposition présumée.

D'autres dispositions de la Loi ont pour effet d'imposer les dons. Selon les notes techniques fournies par le ministère des Finances, invoquées par les deux avocats, ce Ministère n'estimait pas que l'abrogation de l'impôt sur les dons créait un vide fiscal. Les dispositions en matière de gain en capital ont pour effet d'imposer les dons. La disposition applicable en l'espèce est le sous-alinéa 69(1)b(ii), en vertu duquel le contribuable est réputé avoir reçu le produit de la disposition d'un bien s'il en dispose pour une somme inférieure à sa juste valeur marchande. La raison d'être de ces dispositions en vertu desquelles les biens sont réputés être aliénés à leur juste valeur marchande est d'empêcher les contribuables de transférer un droit de propriété pour éviter des conséquences fiscales. L'alinéa 245(2)c précise qu'il n'est pas nécessaire d'avoir l'intention d'éviter des impôts pour qu'il y ait disposition présumée dans le cas du transfert d'un bien. En l'espèce, j'ai conclu que le contribuable avait réduit son intérêt économique dans la société pour une somme inférieure à sa juste valeur marchande et qu'il est réputé avoir reçu le produit de la disposition. Par conséquent, le bien transféré est assujéti aux dispositions de la Loi en matière de gains en capital. Bien que le raisonnement suivi puisse être tortueux, le principe est simple. En effet, un contribuable ne peut se départir d'un droit de propriété moyennant une contrepartie inférieure à sa juste valeur marchande sans être assujéti à l'impôt. Ce principe vise à assujettir les opérations conçues pour transférer le droit de propriété sans entraîner de conséquences fiscales.

À titre subsidiaire, le défendeur prétend que si l'article 69 s'applique en l'espèce, le paragraphe 73(5) [mod. par S.C. 1979, chap. 5, art. 24] doit s'appliquer

giving the children the benefit of a rollover of the disposition of shares. Subsection 73(5) allows the taxpayer to reduce the capital gain of a share transfer. The qualifying factors of subsection 73(5) are outlined as follows:

73. ...

(5) For the purposes of this Part, where at any particular time a taxpayer has transferred property to his child who was resident in Canada immediately before the transfer and the property was, immediately before the transfer, a share of the capital stock of a small business corporation, except where the rules in subsection 74(2) require any taxable capital gain from the disposition by the taxpayer of that property to be included in the income of a person other than the taxpayer, the following rules apply

The same reasoning as the above analysis of paragraph 245(2)(c) would apply. The taxpayer transferred property to his children who were residents in Canada. However, the requirement for subsection 73(5) to apply, is that immediately before the transfer, the property must have been a share. In this case, what was transferred was a right to subscribe to shares and not shares itself. The transferred property did not become a share until the children took the option and subscribed to shares. Accordingly, the rules with respect to *inter vivos* transfers of capital stock of a small business corporation cannot apply in the circumstances.

In summary, the two transactions which resulted in Mrs. Kieboom acquiring shares in consideration of \$1 and later the children is a benefit conferred upon them by the defendant which is "deemed to be a disposition by way of a gift". This finding is based on paragraph 245(2)(c) and case law which has interpreted that section to look at the substance of a transaction. The argument that what occurred was a corporate treasury issued shares does not allow the defendant to escape income tax consequences. As I have outlined, the corporation as a separate legal entity apart from its shareholders is no longer absolute, particularly in respect of small corporations.

également, si bien que les enfants jouissent d'un transfert des actions libre d'impôt. Le paragraphe 73(5) permet au contribuable de réduire le gain en capital découlant d'un transfert d'actions. Les conditions d'application de ce paragraphe sont énoncées comme suit:

73. ...

(5) Aux fins de la présente Partie et sauf lorsque les règles exposées au paragraphe 74(2) exigent qu'un gain en capital imposable, tiré de la disposition d'un bien par le contribuable, soit inclus dans le revenu d'une personne autre que le contribuable, lorsque, à une date quelconque, un bien a été transféré par un contribuable à son enfant qui résidait au Canada immédiatement avant le transfert, et que le bien était, immédiatement avant le transfert, une action du capital-actions d'une corporation exploitant une petite entreprise, les règles suivantes s'appliquent . . .

Il y a lieu de suivre le même raisonnement que celui de l'analyse précédente de l'alinéa 245(2)c). Le contribuable a transféré un bien à ses enfants qui étaient résidents du Canada. Cependant, pour que le paragraphe 73(5) puisse s'appliquer, il fallait que le bien soit une action, immédiatement avant le transfert. En l'espèce, c'est un droit de souscrire à des actions qui a été transféré et non pas les actions elles-mêmes. Le bien transféré n'est pas devenu une action tant que les enfants n'ont pas levé l'option et qu'ils n'ont pas souscrit à des actions. En conséquence, les règles en matière de transfert entre vifs d'actions du capital-actions d'une corporation exploitant une petite entreprise ne peuvent s'appliquer en l'espèce.

En résumé, les deux opérations qui ont permis à Mme Kieboom d'acquérir des actions moyennant une contrepartie d'un dollar et qui ont permis aux enfants d'en acquérir d'autres par la suite, constituent un avantage conféré par le défendeur, lequel est «réputé être une disposition à titre gratuit». Cette conclusion est fondée sur l'alinéa 245(2)c) et sur la jurisprudence selon laquelle cette disposition devait être interprétée de manière à connaître la nature véritable d'une opération. L'argument selon lequel la société a émis des actions autodétenues ne permet pas au défendeur d'éviter les conséquences fiscales qui pourraient s'ensuivre. Comme je l'ai déjà expliqué, le principe voulant que la société soit une entité juridique distincte de ses actionnaires n'est plus absolu, notamment en ce qui a trait aux petites sociétés.

The remaining question is the operation of the spousal attribution rules. If the spousal attribution rules apply, the income derived from the property transferred from Mr. Kieboom to his wife is attributed back to him. In the present case, the income earned from Adriana's shares would be attributed back to the defendant which includes the income received from the deemed disposition from the transaction conferring a benefit on the children. Subsection 74(1) reads as follows:

74. (1) Where a person has, on or after August 1, 1917, transferred property either directly or indirectly by means of a trust or by any other means whatever to his spouse, or to a person who has since become his spouse, any income or loss, as the case may be, for a taxation year from the property or from property substituted therefor shall, during the lifetime of the transferor while he is resident in Canada and the transferee is his spouse, be deemed to be income or a loss, as the case may be, of the transferor and not of the transferee.

The defendant maintains the position that there was no transfer of anything from the defendant to Adriana or to the children. The corporate treasury issued shares to the respective parties. Therefore, the spousal attribution rules cannot apply. Furthermore, income flows from the shares and shares were not transferred to the children. Since the Minister's position is that an economic interest in the corporation was transferred from the defendant to his wife and later to his children, there is no income earning property that was transferred. While there may have been a decrease in the value of his shares this does not amount to a transfer of property by the taxpayer which would attract taxation under the attribution rules.

The Minister's position is that transfer of property in subsection 74(1) is broad enough to encompass the economic interest which was transferred in the case at bar. In support of this conclusion, counsel for the Minister refers to *Fasken, David v. Minister of National Revenue*¹⁶ wherein the taxpayer incorporated a company in order to purchase property in Texas. He owned all of the shares, but later transferred all of his shares. However, at the time of transfer, the taxpayer maintained his right against the company in respect of the purchase price of the farm

¹⁶ *Fasken, David v. Minister of National Revenue*, [1948] Ex.C.R. 580.

Il reste à statuer sur l'effet des règles d'attribution du revenu entre les conjoints. Si ces règles s'appliquent, le revenu tiré du bien que M. Kieboom a transféré à son épouse est attribué à celui-ci. En l'espèce, le revenu tiré des actions d'Adriana serait attribué au défendeur, notamment le revenu reçu de la disposition présumée en conséquence de l'opération qui a conféré un avantage à leurs enfants. Le paragraphe 74(1) dispose:

74. (1) Lorsqu'une personne a transféré des biens, directement ou indirectement, le 1^{er} août 1917 ou après, par un acte de fiducie ou par tout autre moyen que ce soit à son conjoint, ou à une personne qui est depuis devenue son conjoint, tout revenu ou toute perte, le cas échéant, pour une année d'imposition, provenant des biens ou de biens y substitués, est réputée, durant la vie de l'auteur du transfert, tandis qu'il réside au Canada et que le bénéficiaire du transfert est son conjoint, être un revenu ou une perte, le cas échéant, de l'auteur du transfert et non de celui à qui le transfert a été fait.

Le défendeur soutient qu'il n'a transféré aucun bien à Adriana ou à ses enfants. La société a émis des actions autodétenues aux parties respectives. Par conséquent, les règles d'attribution du revenu entre les conjoints ne peuvent s'appliquer. En outre, ce sont les actions qui donnent lieu au revenu. Or, celles-ci n'ont pas été transférées aux enfants. Puisque le ministre soutient que le défendeur a transféré un intérêt économique dans la société à son épouse et à ses enfants, par la suite, aucun bien susceptible de produire un revenu n'a été transféré. Bien que la valeur de ses actions ait pu diminuer, le contribuable ne se trouve pas à avoir transféré des biens de manière à l'assujettir à l'impôt en vertu des règles d'attribution du revenu.

Selon le ministre, le transfert de biens visé au paragraphe 74(1) est suffisamment large pour comprendre l'intérêt économique qui a été transféré en l'espèce. Au soutien de cette conclusion, l'avocat du ministre invoque la décision *Fasken, David v. Minister of National Revenue*¹⁶. Dans cette affaire, le contribuable avait constitué une société en vue d'acheter un immeuble au Texas. Il était propriétaire de toutes les actions de la société, mais il les a toutes transférées par la suite. Cependant, à l'époque du transfert, le contribuable avait conservé son droit contre la société

¹⁶ *Fasken, David v. Minister of National Revenue*, [1948] R.C.É. 580.

and other advances. In 1924, the company executed an acknowledgement of indebtedness plus interest in favour of three trustees and on the same date the trustees declared the trusts under which they held the indebtedness which included payments of interest to the taxpayer's wife. President Thorson analyzed the meaning of transfer of property within the meaning of the Act. At page 592, he interpreted transfer under the Act to be very broad, all that is required is that the taxpayer divest himself of property and vest it in his wife; it need not be made in any particular form or be made directly. In that case, Thorson P. held that there was a transfer of property from the taxpayer to his wife.

Counsel for the plaintiff submits that the *Fasken* scenario parallels the present case. The taxpayer's wife in the former did not receive a right to the indebtedness of the corporation to the taxpayer, but she received a right to interest payments. Here, Mrs. Kieboom did not receive shares, but received a right to subscribe to shares. Therefore, the logical conclusion is that there was a transfer of property within the meaning of subsection 74(1).

In the present case, the broad meaning which is ascribed to the word "transfer" could encompass the transaction through which Adriana acquired shares. I have found that the defendant divested himself of an economic interest in the company which was vested in his wife. Effectively there was an indirect transfer of Mr. Kieboom's economic interest in the company to his wife. The more difficult issue is whether it encompasses property through which Adriana earned income.

In *Fasken*, the property transferred was a right to receive interest, and this was described as the fruits of the property to which the attribution rules must apply. This, the plaintiff submits, is analogous to the present case through which Adriana acquired a right to subscribe to shares. Therefore, the income earned from those shares must be attributed back. However, the analogy is not as compelling as counsel for the Minister would argue. In *Fasken*, the recipient

à l'égard du prix d'achat de la ferme et d'autres avances. En 1924, la société a signé une reconnaissance de dette portant intérêt en faveur des trois fiduciaires et, à la même date, ceux-ci ont fait leurs déclarations de fiducie en vertu desquelles ils possédaient les créances, lesquelles déclarations prévoyaient également que les intérêts seraient versés à l'épouse du contribuable. Le président Thorson a analysé la signification de la notion de transfert de biens au sens de la Loi. À la page 592, il a donné à la notion de «transfert», visée dans la Loi une interprétation très large. En effet, selon lui, il suffit que le contribuable se départisse de ses biens et les remette à son épouse. Il n'est pas nécessaire qu'il soit fait selon une forme particulière, ni qu'il soit fait directement. Dans cette affaire, le président Thorson a statué que le contribuable avait transféré un bien à son épouse.

L'avocat de la demanderesse prétend que les faits de l'affaire *Fasken* sont analogues à ceux en l'espèce. Dans l'affaire *Fasken*, l'épouse du contribuable n'avait pas reçu de droit sur la créance du contribuable envers la société. Elle avait plutôt reçu un droit au paiement des intérêts. En l'espèce, Mme Kieboom n'a pas reçu d'actions. Elle a plutôt reçu un droit de souscrire à des actions. Par conséquent, il est logique de conclure qu'un bien a été transféré au sens du paragraphe 74(1).

En l'espèce, l'interprétation large qui est donnée au mot «transfert» pourrait comprendre l'opération par laquelle Adriana a acquis les actions. J'ai conclu que le défendeur s'est départi d'un intérêt économique dans la société et qu'il l'a remis à son épouse. En effet, M. Kieboom a transféré indirectement son intérêt économique dans la société à son épouse. Toutefois, il est plus difficile de savoir si ce transfert portait sur des biens desquels Adriana aurait tiré un revenu.

Dans l'affaire *Fasken*, le bien transféré était un droit de recevoir des intérêts. Le tribunal a assimilé ce droit aux fruits du bien, auxquels les règles d'attribution devaient s'appliquer. Selon la demanderesse, il s'agit d'un cas analogue à celui en l'espèce, où Adriana a acquis le droit de souscrire à des actions. Par conséquent, le revenu tiré de ces actions doit être attribué à l'auteur du transfert. Cependant, l'analogie n'est pas aussi convaincante que ne le prétend l'avo-

acquired a direct right to receive income, that is a right to receive interest from her husband's company. In the present case, Mrs. Kieboom did not receive a direct right to receive dividends. She received a right to acquire shares which she exercised. The right in itself did not create income. It was the exercising of the right through which Mrs. Kieboom acquired income earning property. Therefore, the logic of the present case requires a step beyond the definition of property as was transferred in *Fasken*.

In am not prepared to extend the effect of the impugned transaction to include the creation of income earning property. In the present case, I have found that Mr. Kieboom transferred his economic interest in the corporation to his wife and later to his children. The recipients received a right to subscribe to shares at a nominal value, which they exercised, thereby resulting in taxation consequences for the defendant. It was not the right to subscribe to shares that created income, but the actual shares that created the income. Therefore, the spousal attribution rules do not apply to this case. I have found that the taxpayer cannot take advantage of the provisions of subsection 73(5) because the property transferred was not a share. Similarly, the Minister cannot attribute income back to the defendant and maximize the taxation consequences because the defendant gave a right to subscribe shares and not the actual shares.

There is another reason why the Minister's position is untenable. The Minister takes the position that both transactions, the one in 1980 whereby Mrs. Kieboom acquired shares and secondly in 1981, whereby the children acquired shares, are deemed dispositions by way of a gift pursuant to paragraph 245(2)(c). Therefore section 69 applies absent some other provision in the Act. With respect to the first transaction, the Minister's position is that subsection 74(1) overrides the effect of section 69 resulting in attribution of income through a spousal transfer. I disagree with this submission. I have already concluded that these identical transactions are "deemed dispositions by way of a gift" which fall under para-

cat du ministre. Dans l'arrêt *Fasken*, le bénéficiaire avait acquis un droit direct de recevoir le revenu, c'est-à-dire un droit de recevoir des intérêts de la société de son époux. En l'espèce, Mme Kieboom n'a pas reçu un droit direct de recevoir des dividendes. Elle a plutôt reçu le droit d'acquérir des actions, droit qu'elle a exercé. Ce droit, en soi, ne produisait pas de revenu. C'est en l'exerçant que Mme Kieboom a acquis le bien qui lui a permis de toucher un revenu. Par conséquent, les circonstances de l'espèce nous obligent à poursuivre notre raisonnement d'une étape par rapport à la définition de bien qui avait été transféré dans l'affaire *Fasken*.

Je ne suis pas disposé à étendre l'effet de l'opération contestée au point de conclure qu'elle a permis de créer des biens qui produisent un revenu. En l'espèce, j'ai conclu que M. Kieboom a transféré son intérêt économique dans la société à son épouse et à ses enfants, par la suite. Les bénéficiaires ont reçu un droit de souscrire à des actions moyennant une valeur symbolique, et ils ont exercé ce droit, ce qui a entraîné des conséquences fiscales pour le défendeur. Ce n'est pas le droit de souscrire à des actions qui a produit un revenu, mais les actions elles-mêmes. Par conséquent, les règles d'attribution du revenu entre les conjoints ne s'appliquent pas en l'espèce. J'ai conclu que le contribuable ne pouvait se prévaloir des dispositions du paragraphe 73(5) du fait que le bien transféré n'était pas une action. Pareillement, le ministre ne peut attribuer un revenu au défendeur et ainsi maximiser les conséquences fiscales, puisque ce dernier a donné un droit de souscrire à des actions et non pas les actions elles-mêmes.

Il y a une autre raison pour laquelle la thèse du ministre est indéfendable. Celui-ci prétend que les deux opérations, c'est-à-dire celle de 1980 par laquelle Mme Kieboom a acquis des actions et celle de 1981 par laquelle les enfants en ont acquis d'autres, sont des dispositions présumées à titre gratuit aux termes de l'alinéa 245(2)(c). Par conséquent, l'article 69 s'applique en l'absence de quelque autre disposition de la Loi. En ce qui a trait à la première opération, le ministre prétend que le paragraphe 74(1) a préséance sur l'article 69, ce qui entraîne l'attribution du revenu du fait qu'il y a eu un transfert entre conjoints. Je ne souscris pas à cet argument. J'ai déjà conclu que ces opérations semblables sont «réputées

graph 245(2)(c). The 1980 transaction is not in issue, the Minister having decided that no taxable event occurred in that year. The 1980 transaction which created a right for Adriana to subscribe to shares cannot be both a "deemed disposition by way of a gift" under paragraph 245(2)(c) and a spousal transfer under subsection 74(1). Paragraph 245(2)(c) creates a deemed disposition to capture transactions. It does not go on to deem there to have been a transfer of property. If it is not a spousal transfer then the attribution rules do not apply.

CONCLUSION

The defendant's cross-appeal with respect to his 1981 taxation year is dismissed, in respect of the capital gain of \$81,600. His cross-appeal is allowed with respect to the capital gain attributed to him from his spouse. The plaintiff's appeal with respect to the defendant's 1982 taxation year regarding the dividend income attributed back to the defendant is dismissed.

The Minister is ordered to vary the reassessment in accordance with the terms of the reasons for judgment.

No costs are awarded.

être une disposition à titre gratuit» visée à l'alinéa 245(2)c). L'opération conclue en 1980 n'est pas en cause, puisque le ministre a décidé qu'aucun événement imposable ne s'était produit cette année-là. L'opération effectuée en 1980, celle qui a créé le droit pour Adriana de souscrire à des actions ne saurait être à la fois «réputée être une disposition à titre gratuit», aux termes de l'alinéa 245(2)c) et un transfert entre conjoints visé au paragraphe 74(1). L'alinéa 245(2)c) crée une disposition réputée pour englober certaines opérations. Il ne va pas jusqu'à créer la présomption d'un transfert de biens. Or, les règles d'attribution ne s'appliquent pas en l'absence d'un transfert entre conjoints.

CONCLUSION

Le contre-appel du défendeur à l'égard de son année d'imposition 1981 est rejeté, en ce qui a trait au gain en capital de 81 600 \$. Son contre-appel est accueilli à l'égard du gain en capital de son conjoint qui lui a été attribué. L'appel de la demanderesse à l'égard de l'année d'imposition 1982 du défendeur, en ce qui a trait au revenu de dividendes qui lui a été attribué est rejeté.

La Cour ordonne au ministre de modifier la nouvelle cotisation conformément aux modalités établies dans les motifs du jugement.

La Cour n'adjudge pas de dépens en l'instance.

Siegfried Janitzki (Plaintiff)	A-381-90	Siegfried Janitzki (<i>demandeur</i>)	A-381-90
v.		c.	
Her Majesty the Queen (<i>Defendant</i>)		^a Sa Majesté la Reine (<i>défenderesse</i>)	
<i>INDEXED AS: JANITZKI v. CANADA (C.A.)</i>		<i>RÉPERTORIÉ: JANITZKI c. CANADA (C.A.)</i>	
Court of Appeal, Pratte, Marceau and Hugessen JJ.A.—Ottawa, October 1 and 7, 1991.	b	Cour d'appel, juges Pratte, Marceau et Hugessen, J.C.A.—Ottawa, 1 ^{er} et 7 octobre 1991.	
<i>Practice — Appeals and new trials — Judge dispensing with services of court reporter — Recording of evidence in all appealable cases necessary by inference from Federal Court Rules and Ontario Rules of Civil Procedure — Trial court having duty to provide means for such recording except where case not susceptible of appeal on questions of fact, parties consenting to dispensing with reporting or waiving rights of appeal — Procedural error not automatically vitiating trial judgment — Judgment (result), not process, is subject to reversal on appeal.</i>	c	<i>Pratique — Appels et nouveaux procès — Le juge a décidé de ne pas recourir aux services d'un sténographe officiel — L'enregistrement de la preuve dans toutes les affaires susceptibles d'appel découle des Règles de la Cour fédérale et des Règles de procédure civile de l'Ontario — Le tribunal de première instance est tenu de fournir les moyens nécessaires en vue de pareil enregistrement sauf lorsque l'affaire n'est pas susceptible de donner lieu à un appel à l'égard de questions de fait, lorsque les parties consentent expressément à ce qu'aucune note sténographique ne soit prise ou renoncent à leur droit d'interjeter appel — Les erreurs de procédure ne vicient pas automatiquement le jugement de première instance — C'est le jugement (le résultat), et non la procédure, qui risque d'être infirmé.</i>	d
<i>Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Appeal from dismissal of action claiming veteran's pension and damages — Appellant permanently disabled by disease contracted while serving in German army in 1943 — Canadian citizen since 1958 — Alleging discrimination by Canadian government as denied benefits Canadian born war veteran would have received — Pension entitlement based on type of service — No discrimination on enumerated or analogous ground — Charter neither extending to foreign governments, nor imposing on Canadian government duty to guarantee respect of Charter by foreign governments — No legal obligation on Canadian government to espouse civil claim by Canadian citizen against foreign government, especially when relating to time when claimant foreign national.</i>	e	<i>Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Appel interjeté du rejet d'une action en revendication de pension d'ancien combattant et en dommages-intérêts — L'appelant est frappé d'une invalidité permanente causée par une maladie qu'il a contractée pendant qu'il servait dans l'armée allemande en 1943 — Il est citoyen canadien depuis 1958 — Il prétend avoir fait l'objet d'une discrimination de la part du gouvernement canadien, puisqu'on lui a refusé les avantages que les anciens combattants canadiens de naissance auraient reçus — Le droit à une pension est fondé sur un type de service — Il n'y a pas de discrimination pour l'un quelconque des motifs énumérés ou pour quelque motif analogue — Les dispositions de la Charte ne s'étendent pas aux gouvernements étrangers, et n'imposent pas au gouvernement canadien l'obligation de garantir le respect de la Charte par les gouvernements étrangers — Le gouvernement du Canada n'est pas tenu en droit de prendre en charge une réclamation présentée au civil par un citoyen canadien contre un gouvernement étranger, en particulier lorsque pareille demande porte sur une période pendant laquelle le réclamant était un ressortissant étranger.</i>	f
This was an appeal from the dismissal of an action claiming "specific damages in the amount of \$150,000.00 retroactive army disability pension" as well as punitive and exemplary damages. Appellant, a World War II German army veteran, says that the refusal of Veterans' Affairs Canada to either award him a veteran's pension or press his claim with the German government constituted a denial of his Charter section 15 rights. The appellant was permanently disabled by an illness contracted while serving with the German army in 1943. He has been a Canadian citizen since 1958. There was no tran-	i	Il s'agit d'un appel interjeté du rejet d'une action en «dommages-intérêts particuliers s'élevant à 150 000 \$ à titre de pension militaire rétroactive d'invalidité», ainsi qu'en dommages-intérêts punitifs et exemplaires. L'appelant, ancien combattant de l'armée allemande pendant la Seconde Guerre mondiale prétend que le refus par le ministère des Anciens combattants ou bien de lui accorder une pension d'ancien combattant ou bien de transmettre sa demande au gouvernement allemand constitue un déni des droits qu'il tient de l'article 15 de la Charte. L'appelant est frappé d'une invalidité permanente cau-	j

script of the trial proceedings and evidence, Cullen J. having sent home the court reporter prior to the commencement of the trial.

Held, the appeal should be dismissed.

The Trial Judge erred in dispensing with the services of the court reporter. The practice of recording the evidence given before trial courts, by stenography or otherwise, in matters susceptible of appeal flows as a matter of necessary inference from the *Federal Court Rules*, particularly Rule 200(7), which requires the Court Administrator to arrange for the attendance of reporters at every sittings, and Rule 1204(c) which makes it clear that, absent agreement or a special order, a transcript is a necessary part of the case on appeal. The Ontario *Rules of Civil Procedure* also, by implication, require the recording of the evidence in all appealable cases by requiring for the appeal a transcript of some or all of the evidence. Few, if any, decisions of courts of justice are not subject to at least one level of appeal and even in the absence of any specific legislative or regulatory requirements for the recording of evidence, trial courts have a duty to provide the means for such recording. Only where the case is not susceptible of appeal on questions of fact, or where the parties specifically consent to dispense with reporting or waive their rights of appeal, should a trial judge proceed to hear witnesses without a functioning system for the recording of their testimony. There was no such consent or waiver herein.

A procedural error at trial does not automatically vitiate the decision. Failing a breach of natural justice, it is the judgment which is subject to being overturned on appeal; the process is only important in so far as it is reflected in the result. The appellant had the fullest possible opportunity to present his case.

It was not discrimination on any of the enumerated or analogous grounds, to grant a war veteran's pension to persons who served in the allied forces and to deny it to those who served in the enemy forces. All pension entitlements are based on some sort of distinction and a distinction founded on a specific type of service in the past is not discriminatory.

The Charter extends only to governments and legislatures within Canada. It neither extends to foreign governments, nor imposes on the government of Canada a duty to underwrite or guarantee respect of the Charter by foreign governments.

There is no legal obligation upon the government of Canada to espouse a civil claim by a Canadian citizen against a foreign

sée par une maladie qu'il a contractée pendant qu'il servait dans l'armée allemande en 1943. Il est citoyen canadien depuis 1958. Il n'existe aucune transcription des procédures qui se sont déroulées en première instance et de la preuve y présentée, le juge Cullen ayant renvoyé le sténographe chez lui antérieurement au commencement du procès.

Jugement: l'appel devrait être rejeté.

Le juge de première instance a eu tort de ne pas recourir aux services du sténographe officiel. L'enregistrement de la preuve présentée devant les tribunaux de première instance, au moyen de la sténographie ou autrement, dans les affaires susceptibles d'appel est une pratique qui découle des *Règles de la Cour fédérale* par déduction nécessaire, particulièrement de la Règle 200(7), qui exige que l'Administrateur fasse le nécessaire pour assurer la présence, à chaque séance, de sténographes, et de la Règle 1204(c), qui précise que, en l'absence d'une convention ou d'un ordre spécial, la transcription fait nécessairement partie du dossier de la cause en appel. De même, les *Règles de procédure civile de l'Ontario* imposent implicitement l'enregistrement de la preuve dans toutes les affaires pouvant donner lieu à un appel en exigeant pour l'appel une transcription de la preuve, en totalité ou en partie. Fort peu de décisions des cours de justice, s'il en est, ne sont pas assujetties à au moins un palier d'appel, et même en l'absence de quelque exigence législative ou réglementaire précise au sujet de l'enregistrement de la preuve, les tribunaux de première instance sont tenus de fournir les moyens nécessaires en vue de pareil enregistrement. Ce n'est que lorsque l'affaire n'est pas susceptible de donner lieu à un appel à l'égard de questions de fait, ou lorsque les parties consentent expressément à ce qu'aucune note sténographique ne soit prise ou renoncent à leur droit d'interjeter appel, que le juge de première instance doit procéder à l'audition des témoins sans que des dispositions soient prises en vue d'enregistrer leur déposition. En l'espèce, il n'y pas eu un tel consentement ni une telle renonciation.

Une erreur de procédure commise en première instance ne vicie pas automatiquement la décision. En l'absence d'une violation des principes de justice naturelle, c'est le jugement qui risque d'être infirmé en appel; la procédure n'est importante que dans la mesure où elle influe sur le résultat. L'appelant a eu pleinement la possibilité d'exposer son point de vue.

Il n'y a pas de discrimination pour l'un quelconque des motifs énumérés ou pour quelque motif analogue, lorsqu'une pension d'ancien combattant est accordée aux personnes qui ont servi dans les forces alliées et refusée aux personnes qui ont servi dans les forces ennemies. Tous les droits à une pension sont fondés sur une distinction quelconque et une distinction fondée sur un type précis de service par le passé n'est pas discriminatoire.

La portée de la Charte s'applique seulement aux gouvernements fédéral et provinciaux du Canada. Elle ne s'étend pas aux gouvernements étrangers, ni n'impose au gouvernement canadien l'obligation de garantir ou de cautionner le respect de la Charte par les gouvernements étrangers.

Le gouvernement du Canada n'est pas tenu en droit de prendre en charge une réclamation présentée au civil par un citoyen

government, especially when the claim relates to a time when the claimant was a national of the country against which the claim is made. Since there was no substance to any of the appellant's claims, a transcript of the evidence was not essential to the disposition of the appeal.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

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

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 200(7), 324, 1204(c), Tariff A, s. 10, Tariff B (as am. by SOR/87-221, s. 8).

Rules of Civil Procedure, O. Reg. 560/84, R. 61.05 (as am. by O. Reg. 366/87, s. 16).

PLAINTIFF/APPELLANT ON HIS OWN BEHALF:

Siegfried Janitzki, Windsor, Ontario.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for defendant/respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

HUGESSEN J.A.: This is an appeal from a judgment of Mr. Justice Cullen in the Trial Division dismissing the appellant's [plaintiff in the style of cause] action but without costs.

The appeal presents two singular features.

The first has to do with the hearing of the appeal itself. After the Appeal Books had been prepared and memoranda filed by both parties, the appeal was set down for a hearing at Toronto on September 17, 1991. On receipt of the order setting the hearing date, the appellant, who represented himself, wrote to the Court indicating that it would not be possible for him to attend a hearing in Toronto since he is, in his own words, "paralysed", "totally immobile" and "heavily sedated with morphine for pain". In his letter he suggested a number of alternatives, the first of which was that the appeal be "heard" without any party being present. Respondent's counsel then wrote to the Court indicating that she had no objection to the appeal being heard "on the record" in a manner simi-

canadien contre un gouvernement étranger, en particulier lorsque pareille demande porte sur une période pendant laquelle le réclamant était citoyen du pays contre lequel la demande est présentée. Puisque les demandes de l'appelant ne sont nullement fondées, il n'est pas essentiel que nous disposions d'une transcription de la preuve pour statuer sur l'appel.

LOIS ET RÈGLEMENTS

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

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 200(7), 324, 1204c), tarif A, art. 10, tarif B (mod. par DORS/87-221, art. 8).

Règles de procédure civile, Règl. de l'Ont. 560/84, Règle 61.05 (mod. par Règl. de l'Ont. 366/87, art. 16).

DEMANDEUR/APPELANT POUR SON PROPRE COMPTE:

Siegfried Janitzki, Windsor (Ontario).

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada, pour la défenderesse/intimée.

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

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: Il s'agit de l'appel d'un jugement dans lequel le juge Cullen, de la Section de première instance, a rejeté l'action intentée par l'appelant [demandeur dans l'intitulé], sans adjuger les dépens.

L'appel comporte deux caractéristiques.

La première caractéristique se rapporte à l'audition de l'appel lui-même. Les dossiers d'appel ayant été préparés et les exposés déposés par les deux parties, l'appel devait être entendu à Toronto le 17 septembre 1991. Sur réception de l'ordonnance fixant la date de l'audience, l'appelant, qui agissait pour son propre compte, a laissé savoir par écrit à la Cour qu'il lui était impossible de comparaître à l'audience à Toronto étant donné qu'il était [TRADUCTION] «paralysé», «totalement immobile» et qu'il «prenait de la morphine pour soulager la douleur» comme il l'a lui-même dit. Dans sa lettre, l'appelant a proposé un certain nombre de solutions de rechange, dont la première était que l'appel soit [TRADUCTION] «entendu» en l'absence des parties. L'avocate de l'intimée a

lar to that provided under Rule 324 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] for motions.

After receipt of these two letters, the Court (Pratte J.A.), then made the following order on July 22, 1991:

After reading the appellant's letter of July 5, 1991, and the Respondent's counsel's letter of July 18, 1991, it is hereby ordered that:

(1) The Order of the Judicial Administrator setting down this matter for hearing at Toronto on September 17, 1991, is hereby rescinded and, both parties consenting thereto, it is hereby directed that this appeal be decided without any oral hearing on the basis of the material contained in the memoranda already filed by the parties and of the supplementary written representations that the parties might file pursuant to paragraph (2) of this order;

(2) The appellant shall have the right, within 3 weeks from the date of this order, to file supplementary written representations in support of his appeal; the respondent shall then have two weeks to file Her supplementary representations and, if the respondent takes advantage of that opportunity, the appellant shall have two weeks to file a written reply to those representations.

The time limits set in this paragraph may be extended by consent of the parties or by order of the Court.

(3) This appeal shall be decided by the Court as expeditiously as possible after the expiry of the time limits set in the preceding paragraph or of any extension thereof that the parties may agree on or that may be ordered by the Court.

Thereafter, the appellant filed "an extension of my memorandum" on August 2, 1991 and the respondent filed a supplementary memorandum on August 23, 1991. No further memorandum having been received from the appellant and the time fixed for his doing so having expired, the matter was referred to the Court as presently constituted on October 1, 1991.

The second particularity in this record has to do with the hearing in the Trial Division which was held at Windsor, Ontario on April 24, 1990. The appellant was present in person and was accompanied by an assistant (he is, as previously noted, an invalid) and an advisor. The respondent was represented by counsel. What took place, which calls for comment, is

alors écrit à la Cour pour lui laisser savoir qu'elle ne s'opposait pas à ce que l'appel soit entendu [TRADUCTION] «sur dossier» comme le prévoit la Règle 324 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663] à l'égard des requêtes.

Après avoir reçu ces deux lettres, la Cour (soit le juge Pratte, J.C.A.) a rendu l'ordonnance suivante le 22 juillet 1991:

Après lecture de la lettre de l'appellant en date du 5 juillet 1991 et de la lettre de l'avocat de l'intimée en date du 18 juillet 1991, il est par les présentes ordonné:

(1) Que l'ordonnance de l'administrateur judiciaire selon laquelle l'affaire devait être entendue à Toronto le 17 septembre 1991 soit annulée et, sur accord des deux parties, il est ordonné que l'appel soit tranché sans la tenue d'une audience, à l'aide de la documentation contenue dans les exposés que les parties ont déjà déposés et des observations supplémentaires écrites que les parties pourraient présenter conformément au paragraphe (2) de la présente ordonnance;

(2) Dans les trois semaines qui suivront la date de la présente ordonnance, l'appellant aura le droit de présenter des observations écrites supplémentaires à l'appui de l'appel; l'intimée disposera alors de deux semaines pour présenter des observations supplémentaires et, si elle profite de cette occasion, l'appellant pourra déposer une réponse écrite dans les deux semaines qui suivront.

Les délais fixés dans le présent paragraphe pourront être prorogés avec l'accord des parties ou à la suite d'une ordonnance de la Cour.

(3) Cet appel sera tranché par la Cour aussi rapidement que possible après l'expiration des délais fixés dans le paragraphe précédent ou de tout nouveau délai fixé avec l'accord des parties ou à la suite d'une ordonnance de la Cour.

Par la suite, l'appellant a déposé [TRADUCTION] «un addenda à l'exposé» le 2 août 1991 et l'intimée a déposé un exposé supplémentaire le 23 août 1991. Aucun autre exposé n'ayant été reçu de l'appellant et le délai fixé pour ce faire ayant expiré, l'affaire a été renvoyée à la Cour telle qu'actuellement constituée le 1^{er} octobre 1991.

La seconde caractéristique en l'espèce se rapporte à l'audience que la Section de première instance a tenue à Windsor (Ontario) le 24 avril 1990. L'appellant y a comparu en personne; un assistant l'accompagnait (comme il en a déjà été fait mention, l'appellant est invalide) ainsi qu'un conseiller. L'intimée était représentée par une avocate. Ce qui s'est passé,

adequately described in the first three paragraphs of the affidavit of Charlotte A. Bell, Q.C.:

1. I am a Barrister and Solicitor in the employ of the Department of Justice Canada, and was assigned to represent the Defendants-Respondent in the action brought by the Plaintiff-Appellant on April 24, 1990; as such I have personal knowledge of the matters hereinafter deposed to.

2. On the morning of April 24, 1990, shortly after my arrival at the Windsor, Ontario courthouse where the hearing before Mr. Justice Cullen was to be held, I was told by an employee of the Federal Court of Canada that the court reporter initially assigned to the Plaintiff-Appellant's case had been sent home by Mr. Justice Cullen, his Lordship being of the view that a court reporter would not be required.

3. The hearing then proceeded following the same procedure as that normally used. At the hearing, the Plaintiff-Appellant was offered the opportunity to call evidence, and did do so. He gave evidence on his own behalf at some length. I then posed very few questions on cross-examination. The Plaintiff-Appellant was offered the opportunity of calling further evidence, but declined to do so. [Appeal Book, Appendix I, pages 5-6.]

The upshot of Cullen J.'s decision to dispense with the services of the court reporter prior to the opening of the trial is that we do not have any transcript of the proceedings and more importantly of the evidence given before the Trial Division.

In my view, it was wrong for Cullen J. to do as he did. There was, of course, no requirement at common law for a shorthand note to be taken of the evidence. Indeed, prior to the invention of shorthand such a note was, in any event, impossible; appellate and reviewing courts were obliged to rely on the judge's own note of the evidence made in his bench book. In the modern day and age, however, it is the invariable practice to record the evidence given before trial courts, by stenography or otherwise, in matters susceptible of appeal. That practice, while not expressly required by the Rules of Court, flows from them obligatorily as a necessary inference.

Thus, Rule 200(7) provides:

Rule 200. . . .

et qui mérite de faire l'objet de certaines remarques, est adéquatement décrit dans les trois premiers paragraphes de l'affidavit de Charlotte A. Bell, c.r.:

[TRADUCTION] 1. Je suis avocate au ministère de la Justice du Canada, et j'ai été chargée de représenter la défenderesse intimée dans l'action intentée par le demandeur appelant le 24 avril 1990; en cette qualité, j'ai personnellement connaissance des faits ci-après mentionnés.

2. Le 24 avril 1990 au matin, peu de temps après mon arrivée au Palais de Justice de Windsor (Ontario), où l'audience devait avoir lieu devant le juge Cullen, j'ai été informée par un employé de la Cour fédérale du Canada que le sténographe officiel qui avait initialement été chargé de s'occuper de l'affaire du demandeur appelant avait été renvoyé chez lui par le juge Cullen, ce dernier croyant que les services d'un sténographe officiel n'étaient pas requis.

3. L'audience a alors eu lieu conformément à la procédure normalement suivie. À l'audience, le demandeur appelant a eu la possibilité de présenter sa preuve, ce qu'il a d'ailleurs fait. Il a témoigné pour son propre compte passablement en détail. J'ai ensuite posé très peu de questions en contre-interrogatoire. On a offert au demandeur appelant la possibilité de présenter d'autres éléments de preuve, mais il a refusé de le faire. [Dossier d'appel, appendice I, pages 5-6.]

Par suite de la décision qu'a prise le juge Cullen, avant l'ouverture du procès, de ne pas avoir recours aux services du sténographe officiel, nous ne disposons d'aucune transcription des procédures et, fait encore plus important, de la preuve présentée devant la Section de première instance.

À mon avis, en agissant ainsi, le juge Cullen a commis une erreur. Bien sûr, il n'était pas nécessaire en common law que la preuve soit consignée au moyen de notes sténographiques. De fait, avant l'invention de la sténographie, il était impossible de toute façon de prendre pareilles notes; les cours d'appel et les cours de révision devaient s'appuyer sur les propres notes que le juge avait prises dans son dossier au sujet de la preuve. Toutefois, de nos jours, la preuve présentée devant les tribunaux de première instance est toujours enregistrée, au moyen de la sténographie ou autrement, lorsque l'affaire est susceptible de donner lieu à un appel. Cette pratique, qui n'est pas expressément exigée par les Règles de la Cour, découle obligatoirement de ces règles par une déduction nécessaire.

Ainsi, la Règle 200(7) dit ceci:

Règle 200. . . .

(7) The Administrator shall arrange for the attendance at every sittings of the Court of such other persons — sheriff's officers, ushers, reporters, interpreters and court attendants — as may be necessary for the proper carrying on of the business of the Court at the sittings; and, without limiting the generality of the foregoing, the Administrator shall, unless the presiding judge otherwise directs, arrange for the attendance of such persons as would be in attendance at a similar sittings of the superior court of the province in which the sittings takes place. [Emphasis added.]

The requirement for the presence of the court reporter further appears from section 10 of Tariff A of the Rules:

10. (1) A shorthand writer or other verbatim reporter, who is not an employee of the Court, may be paid by the Registry out of public funds such fees or allowances as are payable to a shorthand writer or verbatim reporter for performing similar services in the superior courts of the province where the services are performed or such amount as the Court may approve on being satisfied that, having regard to all the circumstances, it is reasonable and necessary in order to obtain the service of a properly qualified reporter.

(2) The arrangement by the Registry with a verbatim reporter shall include an arrangement under which the Court and the parties may obtain copies of a transcript of the proceedings if required, at fees that meet the above requirement.

Disbursements made in accordance with Tariff A may be allowed on a party and party taxation pursuant to paragraph 1(2)(a) [as am. by SOR/87-221, s. 8] of Tariff B.

Finally, Rule 1204(c) makes it clear that, absent agreement or a special order, a transcript is a necessary part of the case on appeal:

Rule 1204. The appeal shall be upon a case that shall consist (unless, in any case, the parties otherwise agree or the Court otherwise orders) of

(c) a transcript of any verbal testimony given during the hearing giving rise to the judgment appealed from;

Since the hearing in the present case took place in Windsor, Ontario and since Rule 200(7) above refers to the practice followed in the superior court of the province where the trial takes place, it is of some use to look at the Ontario *Rules of Civil Procedure* [O. Reg. 560/84]. They, like the *Federal Court Rules*, do not specifically mandate the recording of the evi-

(7) L'Administrateur fera le nécessaire pour assurer la présence, à chaque séance de la Cour, des autres personnes — officier au service du shérif, huissiers, sténographes, interprètes et autres préposés — qui peuvent être nécessaires pour la bonne marche des séances de la Cour; et, sans limiter la portée générale de ce qui précède, l'Administrateur doit, à moins d'instructions contraires du juge président, faire le nécessaire pour assurer la présence des personnes qui seraient présentes à une séance analogue de la cour supérieure de la province dans laquelle a lieu la séance. [C'est moi qui souligne.]

L'exigence selon laquelle un sténographe officiel doit être présent figure en outre à l'article 10 du tarif A des Règles:

10. (1) Un sténographe ou autre personne chargée des comptes rendus d'audiences, qui n'est pas employé de la Cour, peut percevoir du greffe, sur les fonds publics, soit les honoraires ou indemnités qui sont payables à un sténographe ou à une autre personne chargée des comptes rendus d'audiences, pour des services similaires, dans les cours supérieures de la province où sont rendus les services, soit le montant que la Cour peut approuver lorsqu'elle est convaincue que, compte tenu de toutes les circonstances, il est raisonnable et nécessaire de payer ce montant pour obtenir les services d'un sténographe compétent.

(2) L'arrangement conclu entre le greffe et un sténographe doit prévoir que la Cour et les parties peuvent obtenir, au besoin, des copies d'une transcription des procédures à des tarifs conformes à l'exigence ci-dessus.

Les sommes déboursées conformément au tarif A peuvent être adjugées entre parties conformément à l'alinéa 1(2)a) du tarif B [mod. par DORS/87-221, art. 8].

Enfin, la Règle 1204c) montre clairement qu'en l'absence d'une convention ou d'un ordre spécial, la transcription fait nécessairement partie du dossier de la cause en appel:

Règle 1204. La cause est présentée en appel sous forme de dossier conjoint qui doit être constitué (sauf, en tout cas, convention contraire entre les parties ou ordre contraire de la Cour) par

c) une transcription de toute déposition orale faite au cours de l'audition qui a abouti au jugement porté en appel;

Étant donné qu'en l'espèce, l'audience a eu lieu à Windsor (Ontario) et puisque la Règle 200(7) précitée parle de la pratique suivie par la cour supérieure de la province où le procès a lieu, il est opportun de consulter les *Règles de procédure civile* de l'Ontario [Règl. de l'Ont. 560/84]. Comme les *Règles de la Cour fédérale*, ces règles n'exigent pas expressément

dence in all appealable cases. Also, like the *Federal Court Rules*, however, they do so by implication in an unmistakable manner. Rule 61.05 [as am. by O. Reg. 366/87, s. 16] dealing with the materials to be submitted to an appellate court reads as follows:

61.05(1) In order to minimize the number of documents and the length of the transcript required for an appeal, the appellant shall serve with the notice of appeal an appellant's certificate respecting evidence (Form 61C) setting out those portions of the evidence that, in his or her opinion, are not required for the appeal.

(2) Within fifteen days after service of the appellant's certificate, the respondent shall serve on the appellant a respondent's certificate respecting evidence (Form 61D), confirming the appellant's certificate or setting out any additions to or deletions from it.

(3) A respondent who fails to serve a respondent's certificate within the prescribed time shall be deemed to have confirmed the appellant's certificate.

(4) Instead of complying with subrules (1) to (3), the parties may, within thirty days after service of the notice of appeal, make an agreement respecting the documents to be included in the appeal books and the transcript required for the appeal.

(5) The appellant shall within thirty days after filing the notice of appeal file proof that he or she has ordered a transcript of all oral evidence that the parties have not agreed to omit, subject to any direction under subrule 61.08(4) (relief from compliance).

(6) A party who has previously ordered a transcript of oral evidence shall forthwith modify his or her order in writing to comply with the certificates or agreement.

(7) When the evidence has been transcribed, the court reporter shall forthwith give written notice to all parties and the Registrar.

(8) The court may impose costs sanctions where evidence is transcribed or exhibits are reproduced unnecessarily.

The fact that a transcript of some or all of the evidence will be "required for the appeal" leads irresistably to the inference that a court reporter must be present at the trial of every appealable case.

In my view, in the modern Canadian context, where few, if any, decisions of courts of justice are not subject to at least one level of appeal, and even in the absence of any specific legislative or regulatory requirements for the recording of evidence, trial

l'enregistrement de la preuve dans toutes les affaires pouvant donner lieu à un appel. De même, toutefois, à l'instar des *Règles de la Cour fédérale*, elles le font implicitement, et ce, d'une manière indubitable. La Règle 61.05 [mod. par Règl. de l'Ont. 366/87, art. 16] concernant les documents à fournir à la cour d'appel est ainsi libellée:

61.05(1) En vue de réduire au minimum le nombre de documents et la longueur des transcriptions requis dans l'appel, l'appelant signifie, avec l'avis d'appel, un certificat de l'appelant relatif à la preuve (formule 61C) indiquant les parties de la preuve qui, à son avis, ne sont pas nécessaires à l'appel.

(2) Dans les quinze jours qui suivent la signification du certificat de l'appelant, l'intimé signifie à l'appelant un certificat de l'intimé relatif à la preuve (formule 61D), confirmant le certificat de l'appelant ou indiquant ce qui devrait y être ajouté ou en être retranché.

(3) L'intimé qui ne signifie pas de certificat dans le délai prescrit est réputé avoir confirmé le certificat de l'appelant.

(4) Au lieu de suivre la procédure prévue aux paragraphes (1) à (3), les parties peuvent, dans les trente jours qui suivent la signification de l'avis d'appel, conclure un accord relatif aux documents qui doivent être inclus aux dossiers d'appel et aux transcriptions nécessaires à l'appel.

(5) L'appelant dépose, dans les trente jours suivant le dépôt de l'avis d'appel, la preuve qu'il a demandé la transcription des témoignages oraux que les parties n'ont pas convenu d'omettre, sous réserve d'une directive donnée en application du paragraphe 61.08(4) (dispense).

(6) La partie qui a déjà demandé la transcription des témoignages oraux modifie sans délai, par écrit, sa demande pour la rendre conforme aux certificats ou à l'accord.

(7) Une fois que les témoignages oraux ont été transcrits, le sténographe judiciaire en avertit sans délai, par écrit, toutes les parties et le greffier.

(8) Le tribunal peut imposer des sanctions sous forme de dépens si des témoignages sont transcrits ou des pièces reproduits inutilement.

Le fait que la transcription de la preuve, en totalité ou en partie, sera «exigée en vue de l'appel» mène inéluctablement à la déduction selon laquelle un sténographe officiel doit être présent à l'instruction de toute affaire pouvant donner lieu à un appel.

À mon avis, dans le contexte canadien moderne, où fort peu de décisions des cours de justice, s'il en est, ne sont pas assujetties à au moins un palier d'appel, et même en l'absence de quelque exigence législative ou réglementaire précise au sujet de l'enregis-

courts have a duty to provide the means for such recording. Only where the case is not susceptible of appeal on questions of fact,¹ or where the parties specifically consent to dispense with reporting or waive their rights of appeal, should a trial judge proceed to hear witnesses without a functioning system for the recording of their testimony.

The record in the present case does not reveal why Cullen J. thought it unnecessary to have the court reporter present and so sent him away. One suspects it was from a wholly laudable desire to put the plaintiff at ease and to allow him free rein to air his grievances, however little merit his claim might have in law. It is clear, however, that there was no consent to dispense with the recording of the evidence and no waiver of the right of appeal. Accordingly, the Judge was in error.

What consequence flows? Not every error of a procedural nature at trial gives rise to a successful appeal. Failing a breach of natural justice, of which there is no question here, it is the result, the judgment, which is subject to being overturned on appeal; the process is only important in so far as it is reflected in the result.

In the present case, the respondent has produced two affidavits covering in considerable detail what took place at the trial. Those affidavits have not been contradicted by the appellant nor have the deponents been cross-examined. They establish beyond doubt that the appellant was given the fullest possible opportunity to present his case, that he did so, and that the only evidence offered by him was his own testimony.

¹ Different considerations apply to courts or administrative tribunals whose decisions may only be reviewed on questions of law or jurisdiction. So too, of course, for courts and tribunals, such as the present Court, which do not themselves hear testimony but proceed on the basis of a record generated elsewhere.

trement de la preuve, les tribunaux de première instance sont tenus de fournir les moyens nécessaires en vue de pareil enregistrement. Ce n'est que lorsque l'affaire n'est pas susceptible de donner lieu à un appel à l'égard de questions de fait¹, ou lorsque les parties consentent expressément à ce qu'aucune note sténographique ne soit prise ou renoncent à leur droit d'interjeter appel, que le juge de première instance doit procéder à l'audition des témoins sans que des dispositions soient prises en vue d'enregistrer leur déposition.

En l'espèce, le dossier ne montre pas pourquoi le juge Cullen jugeait inutile d'avoir recours aux services du sténographe officiel et l'a donc renvoyé. On peut supposer que c'était dans l'intention tout à fait louable de mettre le demandeur à l'aise et de lui permettre d'exposer ses griefs en toute liberté, même si sa demande était peu fondée en droit. Toutefois, il est clair qu'il n'y a pas eu consentement à ne pas enregistrer la preuve et qu'il n'y a pas eu renonciation au droit d'interjeter appel. Par conséquent, le juge a commis une erreur.

Quelle en est la conséquence? Ce ne sont pas toutes les erreurs de procédure commises en première instance qui donnent lieu à un appel fructueux. En l'absence d'une violation des principes de justice naturelle, ce dont il n'est pas ici question, c'est le résultat, c'est-à-dire le jugement, qui risque d'être infirmé en appel; la procédure n'est importante que dans la mesure où elle influe sur le résultat.

En l'espèce, l'intimée a produit deux affidavits dans lesquels sont énoncés en détail les événements qui se sont produits au procès. Ces affidavits n'ont pas été contestés par l'appelant et leurs auteurs n'ont pas été contre-interrogés. Les affidavits établissent au-delà de tout doute que l'appelant a pleinement eu la possibilité d'exposer son point de vue, qu'il l'a fait, et que la seule preuve qu'il a présentée était son propre témoignage.

¹ Des considérations différentes s'appliquent aux cours ou aux tribunaux administratifs dont les décisions peuvent uniquement être examinées à l'égard de questions de droit ou de compétence. Bien sûr, c'est la même chose pour les cours et tribunaux administratifs comme la présente Cour, qui n'entendent pas eux-mêmes les témoignages, mais qui se fondent sur un dossier constitué ailleurs.

What was the appellant's case? His statement of claim in full reads as follows:

1. THE PLAINTIFF CLAIMS:

- (a) specific damages in the amount of \$150,000.00 retroactive army disability pension
- (b) punitive and exemplary damages in the amount of \$1,000,000.00
- (c) costs of this action
- (d) maximum presently authorized pre and postjudgement interest

2. THAT as a Canadian citizen since 1958, and a veteran of the W.W. II in which he served as a member of the German Army, he has been denied the benefits which might have befallen him as a totally disabled war veteran had he not been discriminated against, contrary to the provisions of Sec. 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms, by virtue of the fact that he is;

- (a) not Canadian born
- (b) seeking a veteran's, not a civilian pension

While serving with the German army in Russia in the spring of 1943, the plaintiff contracted an illness now known to have been a strain of arboriform encephalitis of the Russian Spring/Summer variety for which he, a foreigner had acquired no immunity. Unfamiliar with the disease, the German doctors inappropriately treated it with something which immediately invoked violent trembling and loss of motor control, which symptoms never disappeared. While he was a prisoner of war in France in 1944, his symptoms were diagnosed as those of "poly-neuritis", now called Parkinson's Disease. Current medical opinion now strongly holds that Parkinson's Disease, as are many other neurological disorders, is a chronic slow-acting form of, development from, contagious encephalitis.

3. THAT Health and Welfare Canada discriminated against the plaintiff in that it failed to insist that Veterans' Affairs Canada assume responsibility for him as it would have had he served with the Canadian Armed Forces.

4. THAT Veterans' Affairs Canada refused to award him a veteran's pension or alternatively refused to press his claim through appropriate channels to the German government though, leapfrogging Health and Welfare Canada, he expressly asked them to do so.

5. THAT External Affairs Canada despite a request forwarded through the Canadian Ambassador to Germany, in October [sic] of 1970, file #81-8GFR-2; and despite a reciprocal arrangement with the Germany [sic] government for the purpose, failed to press his claim, filed with the German Consulate

Quelle était la preuve de l'appelant? La déclaration est ainsi libellée:

[TRADUCTION] 1. LE DEMANDEUR RÉCLAME:

- a) des dommages-intérêts particuliers s'élevant à 150 000 \$ à titre de pension militaire rétroactive d'invalidité;
- b) des dommages-intérêts punitifs et exemplaires s'élevant à 1 000 000 \$;
- c) les dépens de l'action;
- d) le maximum actuellement autorisé à l'égard de l'intérêt échü avant et après le jugement.

2. En sa qualité de citoyen canadien depuis 1958 et d'ancien combattant de la Seconde Guerre mondiale, pendant laquelle il a servi dans l'armée allemande, le demandeur s'est vu refuser les avantages auxquels il aurait pu avoir droit à titre d'ancien combattant atteint d'une invalidité totale s'il n'avait pas été victime de discrimination, en violation des dispositions de l'article 15 de la Charte canadienne des droits et libertés, parce qu'il:

- a) n'était pas né au Canada;
- b) avait demandé une pension d'ancien combattant, et non de civil.

Pendant qu'il servait dans l'armée allemande en Russie au printemps 1943, le demandeur a été atteint d'une maladie qui est maintenant reconnue comme étant un type d'encéphalite due à un arbovirus de la variété printemps-été russe pour laquelle il n'avait pas acquis d'immunité, étant donné qu'il était étranger. Les médecins allemands, qui ne connaissaient pas la maladie, n'ont pas traité le demandeur comme il convenait et lui ont administré quelque chose qui a immédiatement provoqué des tremblements violents et la perte de la motricité, symptômes qui n'ont jamais disparu. Pendant qu'il était prisonnier de guerre en France en 1944, les symptômes du demandeur ont été diagnostiqués comme étant ceux de la «polynévríte», maintenant connue sous le nom de maladie de Parkinson. Selon l'opinion médicale qui prévaut à l'heure actuelle, la maladie de Parkinson, comme de nombreux autres troubles neurologiques, est un type chronique à progression lente d'encéphalite contagieuse.

3. Santé et Bien-être social Canada a agi d'une manière discriminatoire envers le demandeur en ce sens que le Ministère a omis d'insister pour que le ministère des Anciens combattants assume la responsabilité à son égard comme cela aurait été le cas s'il avait servi dans les Forces armées canadiennes.

4. Le ministère des Anciens combattants a refusé d'accorder au demandeur une pension d'ancien combattant ou, subsidiairement, a refusé de transmettre sa demande par les voies appropriées au gouvernement allemand bien que, sans passer par Santé et Bien-être social Canada, celui-ci leur eût expressément demandé de le faire.

5. Malgré une demande envoyée par l'entremise de l'ambassadeur canadien en Allemagne en octobre 1970, dossier 81-8GFR-2, et malgré un accord réciproque avec le gouvernement allemand à cet égard, le ministère des Affaires extérieures a omis de présenter la demande du demandeur, déposée au con-

in Toronto, pension branch, in 1961, as it might have done. The very existence of a Convention on Social Security Between Canada and the Federal Republic of Germany which makes no mention of, or provisions for veterans' pensions might be said to discriminate against veterans.

6. THAT under the Canadian Charters [sic] of Rights and Freedoms Canadian Institutions are obligated to provide benefits to which they are entitled to all Canadian citizens, and that, if Canadian Institutions are unwilling or unable to see that the governments of friendly nations and in particular N.A.T.O. allies meet their responsibilities to Canadian citizens, then the Canadian Institutions are obligated to consider the responsibility their own - and act accordingly.

7. Documents and testimony to substantiate the claim will be presented at the trial by the plaintiff, acting in person.

8. The plaintiff's symptoms are severe, and his mobility strictly limited. He therefore proposes that this action be tried in the City of Windsor in the County of Essex. [Appeal book, pages 2-4.]

Giving this claim the most generous possible interpretation, it seems to me to assert three grounds for relief:

a) A claim for a veteran's pension based on discrimination by the Canadian government contrary to section 15 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]];²

b) A similar claim based on similar discrimination by the German government for which the Canadian government must answer;

c) A claim for damages resulting from the Canadian government's failure to espouse the plaintiff's claim against the German government.

² Cullen J. seemed to think that this part of the claim had been dropped by plaintiff (reasons, Appeal Book, p. 88). The latter in his memorandum disputes this. Since we have no transcript I will assume that Cullen J. misunderstood plaintiff's position.

sulat allemand à Toronto, direction des pensions, en 1961, comme il aurait pu le faire. L'existence même d'une convention sur la sécurité sociale entre le Canada et la République fédérale d'Allemagne, dans laquelle il n'est pas fait mention des pensions accordées aux anciens combattants, et dans laquelle aucune disposition n'est stipulée à cet égard, pourrait être considérée comme étant discriminatoire envers les anciens combattants.

6. En vertu de la Charte canadienne des droits et libertés, les institutions canadiennes sont tenues d'accorder à tous les citoyens canadiens les avantages auxquels ceux-ci ont droit, et si les institutions canadiennes ne veulent pas ou ne peuvent pas veiller à ce que les gouvernements des États alliés et en particulier des membres de l'OTAN s'acquittent des obligations qu'ils ont envers les citoyens canadiens, elles doivent considérer que ces obligations leur incombent et doivent prendre les mesures requises.

7. Le demandeur, qui agira pour son propre compte, présentera à l'audience des documents et un témoignage à l'appui de la demande.

8. Les symptômes du demandeur sont sévères, et sa mobilité est extrêmement limitée. Il propose donc que l'action soit instruite à Windsor, dans le comté d'Essex. [Dossier d'appel, pages 2 à 4.]

Si l'on donne à cette demande l'interprétation la plus généreuse possible, il me semble que trois motifs de redressement sont invoqués:

a) une demande de pension d'ancien combattant fondée sur le fait que le gouvernement canadien a agi d'une manière discriminatoire en violation de l'article 15 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]²;

b) une demande similaire également fondée sur de la discrimination de la part du gouvernement allemand et dont le gouvernement canadien doit répondre;

c) une demande de dommages-intérêts résultant de l'omission par le gouvernement canadien de prendre en charge la demande du demandeur contre le gouvernement allemand.

² Le juge Cullen a semblé penser que cette partie de la demande avait été abandonnée par le demandeur (motifs, dossier d'appel, à la p. 88). Dans son exposé, ce dernier nie la chose. Étant donné que nous ne disposons d'aucune transcription, je présumerai que le juge Cullen a mal compris le point de vue du demandeur.

With regard to the first claim, it is not discrimination on any of the grounds enumerated in section 15, or any analagous ground, to grant a war veteran's pension to persons who served in the allied forces and to deny it to persons who served in the enemy forces. All pension entitlements are based on some sort of distinction and a distinction founded on a specific type of service in the past is not discriminatory.

With regard to the second ground of claim, the Charter is limited in its reach to governments and legislatures within Canada. Its obligations do not extend to foreign governments, nor does it impose on the Government of Canada a duty to underwrite or guarantee respect of the Charter by foreign governments, whether or not such governments are friendly or members of NATO.

Finally, there is no obligation in law for the Government of Canada to espouse a civil claim by a Canadian citizen against a foreign government, especially when such a claim relates to a period of time when the claimant was a national of the country against which the claim is made.

In these circumstances, it is not essential for us to have a transcript of the plaintiff's evidence. There is simply nothing he could have said or asserted which would have given any substance to any of his claims. His action was quite properly dismissed and we should not interfere.

The Trial Judge, in the exercise of his discretion, awarded no costs. That was no doubt a proper order and I see no reason to interfere with it. By the same token, however, I see no reason why the costs of the present appeal should not follow the event.

I would dismiss the appeal with costs.

PRATTE J.A.: I agree.

MARCEAU J.A.: I agree.

En ce qui concerne la première demande, il n'y a pas de discrimination pour l'un quelconque des motifs énumérés à l'article 15, ou pour quelque motif analogue, lorsqu'une pension d'ancien combattant est accordée aux personnes qui ont servi dans les forces alliées et refusée aux personnes qui ont servi dans les forces ennemies. Tous les droits à une pension sont fondés sur une distinction quelconque et une distinction fondée sur un type précis de service par le passé n'est pas discriminatoire.

En ce qui concerne la deuxième demande, la portée de la Charte est limitée aux gouvernements fédéral et provinciaux du Canada. Les dispositions de la Charte ne s'étendent pas aux gouvernements étrangers, et n'imposent pas au gouvernement canadien l'obligation de garantir ou cautionner le respect de la Charte par les gouvernements étrangers, et ce, que pareils gouvernements soient des alliés ou des membres de l'OTAN.

Enfin, le gouvernement du Canada n'est pas tenu en droit de prendre en charge une réclamation présentée au civil par un citoyen canadien contre un gouvernement étranger, en particulier lorsque pareille demande porte sur une période pendant laquelle le réclamant était citoyen du pays contre lequel la demande est présentée.

Dans ces conditions, il n'est pas essentiel que nous disposions d'une transcription de la preuve présentée par le demandeur. Il n'y a tout simplement rien qu'il eût pu dire ou alléguer qui permette de fonder ses demandes. L'action qu'il a intentée a été rejetée à bon droit et nous ne devrions pas intervenir.

Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le juge de première instance n'a pas adjugé les dépens. Il s'agissait sans aucun doute d'une ordonnance appropriée et je ne vois pas pourquoi nous devons intervenir. Toutefois, je ne vois pas non plus pourquoi les dépens de l'appel ne devraient pas suivre l'issue de l'affaire.

Je rejetterais l'appel avec dépens.

LE JUGE PRATTE, J.C.A.: Je souscris à cet avis.

LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: Je souscris à cet avis.

A-541-90

A-541-90

The Attorney General of Canada (Applicant)**Le procureur général du Canada (requérant)**

v.

c.

John F. Bowen (Respondent)

a

John F. Bowen (intimé)**INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. BOWEN (C.A.)****RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. BOWEN (C.A.)**

b

Court of Appeal, Heald, Stone and Linden J.J.A.—
Calgary, October 25, 1991.Cour d'appel, juges Heald, Stone et Linden, J.C.A.—
Calgary, 25 octobre 1991.

Income tax — Practice — Application to set aside Tax Court of Canada (TCC) decision order extending time to institute appeal not required — Revenue Canada sending notification of confirmation to respondent by registered mail three times in August, September 1988 — Returned marked "refused" — Confirmation notice not received prior to expiry of time fixed by Income Tax Act for filing notice of appeal or for seeking extension of time to do so — Tax Court Judge concluding extension of time unnecessary, based on Antoniou v. M.N.R., wherein TCC holding Revenue Canada required to demonstrate clear notification of commencement and duration of time period for appeal received by taxpayer when rights of taxpayer to be before Court directly affected — Application allowed — Conclusion disregards plain meaning of Income Tax Act, ss. 165(3), 169 — Parliament imposing duty to notify respondent by registered mail — Requiring neither personal service nor receipt of notification — Minister not obliged to look further than addresses furnished by taxpayer.

Impôt sur le revenu — Pratique — Demande d'annulation de l'ordonnance par laquelle la Cour canadienne de l'impôt (la CCI) avait décidé qu'une ordonnance de prorogation du délai d'appel n'était pas requise — Revenu Canada avait envoyé à l'intimé un avis de ratification par courrier recommandé à trois reprises en août et septembre 1988 — Les lettres ont été retournées avec la mention «refusée» — L'avis de ratification n'a pas été reçu avant l'expiration du délai fixé par la Loi de l'impôt sur le revenu pour le dépôt d'un avis d'appel ou d'une demande de prorogation du délai d'appel — Le juge de la Cour de l'impôt a conclu qu'il était inutile de proroger le délai, en se fondant sur l'arrêt Antoniou c. M.R.N., dans lequel la CCI avait déclaré que Revenu Canada est tenu de montrer que le contribuable a clairement été avisé du commencement et de la durée du délai d'appel lorsque le droit qu'il a de se présenter devant la Cour est directement touché — Demande accueillie — La conclusion ne tient pas compte du sens évident des art. 165(3) et 169 de la Loi de l'impôt sur le revenu — Le législateur a imposé l'obligation d'aviser l'intimé par courrier recommandé — Il n'a pas exigé la signification à personne ni la réception d'un avis — Le ministre n'est pas obligé de tenir compte d'autre chose que les adresses fournies par le contribuable.

g

LOIS ET RÈGLEMENTS

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 165(3) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 158, s. 58), 169 (as am. *idem*; S.C. 1984, c. 45, s. 70).

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 165(3) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 158, art. 58), 169 (mod., *idem*; S.C. 1984, chap. 45, art. 70).

h

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

JURISPRUDENCE

REVERSED:

DÉCISION INFIRMÉE:

Bowen, J.F. v. M.N.R. (1990), 90 DTC 1625 (T.C.C.).*Bowen, J.F. c. M.R.N.* (1990), 90 DTC 1625 (C.C.I.).

i

OVERRULED:

DÉCISION RENVERSÉE:

Antoniou (C.) v. M.N.R., [1988] 2 C.T.C. 2055; (1988), 88 DTC 1415 (T.C.C.).*Antoniou (C.) c. M.R.N.*, [1988] 2 C.T.C. 2055; (1988), 88 DTC 1415 (C.C.I.).

j

AVOCAT:

COUNSEL:

Helen C. Turner for applicant.*Helen C. Turner* pour le requérant.

APPEARANCE:

John F. Bowen on his own behalf.

SOLICITOR:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.

RESPONDENT ON HIS OWN BEHALF:

John F. Bowen, Sherwood Park, Alberta.

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

STONE J.A.: The applicant seeks to set aside an order of the Tax Court of Canada made on June 13, 1990 [(1990), 90 DTC 1625] whereby it was determined that the applicant did not require an order extending time wherein to institute an appeal with respect to the taxation years 1981, 1982, 1983 and 1984.

The circumstances which led to that order being made may be briefly summarized. In August 1988, after reviewing a notice of objection filed on September 14, 1987 in respect of the taxation years in question, the Appeals Branch of Revenue Canada Taxation through its Edmonton District Office dispatched a notification of confirmation to the respondent by registered mail. The notification was returned by the post office. Two additional attempts to so communicate the notification were similarly unsuccessful.

The Tax Court Judge dealt with the evidence surrounding these attempts at page 1627. He said:

There were three separate and complete efforts to serve Mr. Bowen with this confirmation document—the last on September 2, 1988. All were returned marked “refused”. The first mailing had been made to the address on Mr. Bowen’s income tax returns. Between the first and second mailings, a more detailed computer search had been made of the Revenue Canada records and it was determined a “change of address” letter had been received from Mr. Bowen on March 15, 1988, and that was used for the second and third mailings.

It was common ground that the respondent did not receive the confirmation notice until some time after the time fixed by the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-

A COMPARU:

John F. Bowen pour son propre compte.

PROCUREUR:

Le sous-procureur général du Canada pour le requérant.

L’INTIMÉ POUR SON PROPRE COMPTE:

John F. Bowen, Sherwood Park (Alberta).

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

LE JUGE STONE, J.C.A.: Le requérant cherche à faire annuler une ordonnance rendue le 13 juin 1990 par la Cour canadienne de l’impôt [(1990), 90 DTC 1625], laquelle a décidé que le requérant n’avait pas besoin d’ordonnance prolongeant le délai dans lequel un appel pouvait être interjeté à l’égard de ses années d’imposition 1981, 1982, 1983 et 1984.

Rappelons brièvement les événements qui ont conduit à cette ordonnance. En août 1988, après avoir examiné un avis d’opposition produit le 14 septembre 1987 à l’égard des années d’imposition en question, la Direction des appels de Revenu Canada, Impôt, par le truchement de son bureau de district d’Edmonton, a envoyé un avis de ratification à l’intimé par courrier recommandé. L’avis de ratification a été retourné par le bureau de poste. Deux autres tentatives de communiquer la ratification de cette manière ont également échoué.

Le juge de la Cour canadienne de l’impôt s’est penché, à la page 1627, sur la preuve relative à ces tentatives, déclarant:

[TRADUCTION] Il y a eu trois efforts distincts et complets pour signifier ce document de confirmation à M. Bowen, le dernier ayant eu lieu le 2 septembre 1988. Toutes ces lettres ont été retournées avec la mention «refusée». La première lettre a été livrée à l’adresse des déclarations de revenu de M. Bowen. Entre la première et la deuxième expédition, une recherche informatique plus détaillée a été faite dans les registres de Revenu Canada et on a pu déterminer qu’une lettre de changement d’adresse avait été reçue de M. Bowen le 15 mars 1988 et qu’elle avait été utilisée pour les deuxième et troisième expéditions.

Il était établi que l’intimé n’avait pas reçu l’avis de ratification avant une date postérieure à l’expiration du délai fixé par la *Loi de l’impôt sur le revenu*

72, c. 63] for filing notice of appeal or for seeking an extension of time to do so, had expired. At page 1628, he stated:

It would not be difficult to reach a conclusion that Revenue Canada had done all it possibly could do to properly notify Mr. Bowen. Nor would it be difficult to reach a conclusion that Mr. Bowen had been less than circumspect and cautious in keeping Revenue Canada at all times aware of a current mailing address, or a clear and certain arrangement for an agent to look after his income tax affairs. It is difficult to imagine the consistent "refusals" of the mailed notifications—someone must have "refused" them. This taxpayer filed the application involved and it came before the Court only as a result of his own enquiries to Revenue Canada in December 1989, asking for information regarding the results of the Notice of Objection already filed. He was informed—according to him—that he was out of time to file (ninety days) but that he could file for an extension of time. It is for that reason the Notice of Appeal (as I have already determined it to be for these purposes) and the application for extension of time at issue were filed with the Court concurrently—dated February 2, 1990.

In concluding that no extension of time was necessary, the Judge had regard for an earlier decision of the Tax Court of Canada in *Antoniou (C.) v. M.N.R.*, [1988] 2 C.T.C. 2055 upon the construction of paragraph 167(5)(a), and then stated, at pages 1628-1629:

Since the decision in *Antoniou, supra* remains undisturbed, the conclusion I reach is that when the issue before the Court touches directly on the rights of a taxpayer to be before this Court, what may be regarded by Revenue Canada as every reasonable effort to notify the taxpayer may not be sufficient. It must be incumbent on the respondent to demonstrate that clear notification of the commencement and duration of the critical—perhaps fateful—time period has been received by the taxpayer.

With respect, we are unable to agree with that conclusion. In our view, it disregards the plain meaning of subsection 165(3) [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 158, s. 58] and section 169 [as am. *idem*; S.C. 1984, c. 45, s. 70] of the Act, which read:

165. . . .

(3) Upon receipt of a notice of objection under this section, the Minister shall,

[S.C. 1970-71-72, chap. 63] pour la production d'un avis d'appel ou d'une demande de prolongation du délai dans lequel un appel peut être interjeté. À la page 1628 le savant juge avait déclaré:

^a [TRADUCTION] Il ne serait pas difficile de conclure que Revenu Canada avait fait tout ce qui était en son possible pour donner un avis adéquat à M. Bowen. Il ne serait pas non plus difficile de conclure que M. Bowen ne s'était pas montré particulièrement inquiet et avisé d'informer Revenu Canada en tout temps de son adresse postale ou de confier ses affaires fiscales à un mandataire pour qu'il s'en occupe en son absence. On a autrement peine à comprendre comment les avis envoyés ont pu être «refusés», quelqu'un a bien dû le faire. Ce contribuable a déposé la demande en cause et elle est parvenue devant la Cour seulement du fait qu'il a posé des questions lui-même à Revenu Canada en décembre 1989, lorsqu'il cherchait à se renseigner sur les résultats de l'avis d'opposition déjà déposé. Il aurait été informé, dit-il, qu'il ne pouvait plus produire de demande à cause de l'expiration du délai de quatre-vingt jours, mais qu'il pouvait demander une prolongation du délai. C'est pour cette raison que l'avis d'appel qui (comme je l'ai déjà déclaré, visait cette fin) et la demande de prolongation de délai en cause ont été déposés devant la Cour en même temps, soit le 2 février 1990.

^e En concluant qu'aucune prolongation de délai n'était nécessaire, le juge a tenu compte d'un arrêt rendu antérieurement par la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Antoniou (C.) c. M.R.N.*, [1988] 2 C.T.C. 2055, portant sur l'interprétation de l'alinéa 167(5)a); il a ensuite déclaré, aux pages 1628 et 1629:

^g [TRADUCTION] Vu que la décision dans *Antoniou, précitée*, n'est pas contestée jusqu'à présent, la conclusion que je formule ici est que lorsque le litige dont la cour est saisie touche directement les droits d'un contribuable de se présenter devant la présente Cour, ce que Revenu Canada pourrait considérer comme tous les efforts raisonnables pour aviser le contribuable n'est peut-être pas suffisant. Il doit appartenir à l'intimé de démontrer qu'une notification claire du commencement et de la durée de la période critique et peut-être fatal a été reçu [sic] par le contribuable.

ⁱ En toute déférence, nous ne pouvons souscrire à cette conclusion. À notre avis, cette dernière ne tient pas compte du sens évident du paragraphe 165(3) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 158, art. 58] et de l'article 169 de la Loi, [mod., *idem*; S.C. 1984, chap. 45, art. 70] qui stipulent:

165. . . .

^j (3) Dès réception de l'avis d'opposition, formulé en vertu du présent article, le Ministre doit,

(a) with all due dispatch reconsider the assessment and vacate, confirm or vary the assessment or reassess, or

(b) where the taxpayer indicates in the notice of objection that he wishes to appeal immediately either to the Tax Court of Canada or to the Federal Court and that he waives reconsideration of the assessment and the Minister consents, file a copy of the notice of objection with the Registrar of the Tax Court or in the Registry of the Federal Court, as the case may be,

and he shall thereupon notify the taxpayer of his action by registered mail.

169. Where a taxpayer has served notice of objection to an assessment under section 165, he may appeal to the Tax Court of Canada to have the assessment vacated or varied after either

(a) the Minister has confirmed the assessment or reassessed, or

(b) 90 days have elapsed after service of the notice of objection and the Minister has not notified the taxpayer that he has vacated or confirmed the assessment or reassessed;

but no appeal under this section may be instituted after the expiration of 90 days from the day notice has been mailed to the taxpayer under section 165 that the Minister has confirmed the assessment or reassessed.

In our opinion, the duty resting upon the Minister under subsection 165(3) was to do precisely what he did, viz., notify the respondent of the confirmation by registered mail. Nothing in that subsection or in section 169 required the notification to be "served" personally or to be received by the taxpayer. In dispatching the notification by registered mail the Minister was entitled to avail himself of the address or addresses which the respondent himself had already furnished. There was no obligation on him to look beyond that information. Moreover, a requirement for the receipt of the notification would be difficult if not totally unworkable from an administrative standpoint. Parliament has not required it; it has required merely that the notification be dispatched by registered mail.

It is apparent that the reason why the respondent did not receive the notification was not because the Minister failed to do all that was required of him but because the respondent did not keep his mailing address current. Such arrangements as he did make for the receipt of mail during his absence from

a) avec toute la diligence possible, examiner de nouveau la cotisation et annuler, ratifier ou modifier cette dernière ou établir une nouvelle cotisation, ou

b) lorsqu'un contribuable mentionne dans cet avis d'opposition qu'il désire interjeter appel immédiatement auprès de la Cour canadienne de l'impôt ou auprès de la Cour fédérale, et renonce à ce qu'un nouvel examen soit fait de la cotisation et que le Ministre y consent, déposer une copie de l'avis d'opposition auprès du registraire de la Cour canadienne de l'impôt ou au greffe de la Cour fédérale, selon le cas,

et en avisant le contribuable par lettre recommandée.

169. Lorsqu'un contribuable a signifié un avis d'opposition à une cotisation, prévu à l'article 165, il peut interjeter appel auprès de la Cour canadienne de l'impôt, pour faire annuler ou modifier la cotisation

a) après que le Ministre a ratifié la cotisation ou procédé à une nouvelle cotisation, ou

b) après l'expiration des 90 jours qui suivent la signification de l'avis d'opposition sans que le Ministre ait notifié au contribuable le fait qu'il a annulé ou ratifié la cotisation ou procédé à une nouvelle cotisation;

mais nul appel prévu au présent article ne peut être interjeté après l'expiration des 90 jours qui suivent la date où avis a été expédié par la poste au contribuable, en vertu de l'article 165, portant que le Ministre a ratifié la cotisation ou procédé à une nouvelle cotisation.

À notre avis, l'obligation qui incombait au ministre aux termes du paragraphe 165(3) correspondait précisément à ce qu'il a fait, c'est-à-dire aviser l'intimé de la ratification de la cotisation par courrier recommandé. Rien, dans ce paragraphe ni dans l'article 169, n'exigeait que la notification soit «signifiée» à personne ou soit reçue par le contribuable. En expédiant l'avis par courrier recommandé, le ministre était en droit de se servir de l'adresse ou des adresses que l'intimé avait lui-même déjà fournies. Le ministre n'était pas tenu de chercher à se renseigner plus avant. En outre, l'exigence de réception de l'avis serait difficile, sinon totalement impossible, à appliquer du point de vue administratif. Le Parlement ne l'a pas exigé; il a simplement prescrit que l'avis devait être envoyé par courrier recommandé.

Il appert que la raison pour laquelle l'intimé n'a pas reçu l'avis était, non pas que le ministre avait omis de faire tout ce qui lui était imposé, mais que l'intimé n'avait pas tenu son adresse postale à jour. Les dispositions qu'il avait prises pour la réception de son courrier alors qu'il était absent du Canada, de

Canada between March 1988 and December 1989 broke down—but that, surely, cannot be laid at the feet of the Minister who acted throughout in the manner required by the Act.

This section 28 [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7] application will be allowed, the order of the Tax Court of Canada dated June 13, 1990 will be set aside and the matter will be referred back to that Court for redetermination on the basis that the respondent's application to extend the time for filing a notice of appeal shall be dismissed for lack of jurisdiction to grant the relief sought.

mars 1988 à décembre 1989, n'ont pas été suivies, mais on ne peut certes pas en imputer la responsabilité au ministre, qui a toujours agi de la façon requise par la Loi.

^a

Cette demande présentée aux termes de l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7] est admise, l'ordonnance rendue le 13 juin 1990 par la Cour canadienne de l'impôt est annulée et le tout est déféré à cette Cour pour nouvelle décision au motif que la demande de prolongation du délai dans lequel un appel peut être interjeté, qu'a présentée l'intimé, est rejetée pour défaut de compétence d'accorder la réparation recherchée.

^b

T-345-88

Lois Taylor, Ann Ward and Eva Campbell
(*Plaintiffs/Applicants*)

v.

Her Majesty the Queen (*Defendant/Respondent*)

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

Trial Division, Jerome A.C.J.—Edmonton, February 4; Ottawa, August 16, 1991.

Practice — Discovery — Examination for discovery — Application to compel response to questions on discovery and for further discovery — Constitutional challenge to Old Age Security Act — Over 1600 documents produced on discovery — Officer of defendant refusing to indicate facts relied upon for defence under Charter, s. 15(2) and 1 — “Reliance” questions potentially improper as require product of witness’ planning and seeking law as witness required to use applicable law to select facts — Complexity and volume of documents may entitle opposing party to definition of those parts of documents relied upon — Applicants given opportunity to rephrase questions to conform to examples in Can-Air Services Ltd. v. British Aviation Insurance Co. Ltd. — Request for further discovery denied — Not establishing special reason in exceptional case — Already extensive discovery, delay in requesting particulars and no new issues raised in demand for particulars.

This was an application for an order pursuant to Rule 465(18) to compel a response to questions objected to at discovery and for an order pursuant to Rule 465(19) to permit further discovery on particulars. In 1988, the plaintiffs commenced an action challenging the constitutional validity of certain provisions of the *Old Age Security Act*. Examination for discovery took place between June 1989 and April 1990, during which the defendant’s officer refused to answer certain questions. In October 1990 the plaintiffs made a demand for particulars seeking a precise statement of the material facts on which the defendant relied in support of its defences under Charter, subsection 15(2) and section 1. Over 1600 documents were produced at examination for discovery. The plaintiffs submitted that because the documents were voluminous and complex, the defendant should be obliged to indicate the specific parts of the documents on which it relies. They also argued that further discovery was necessary to explore new issues raised in the particulars. The defendant submitted that in light of the extensive examination already conducted, it would be unreasonable and unfair to order that the questions be answered. Furthermore, many questions demanded the produc-

T-345-88

Lois Taylor, Ann Ward et Eva Campbell
(*demandereses/requérantes*)

a c.

Sa Majesté la Reine (*défenderesse/intimée*)

RÉPERTORIÉ: TAYLOR c. CANADA (1^{re} INST.)

b

Section de première instance, juge en chef adjoint Jerome—Edmonton, 4 février; Ottawa, 16 août 1991.

Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Interrogatoire préalable — Demande visant à obliger la défenderesse à répondre à des questions de l’interrogatoire préalable et demande de nouvel interrogatoire préalable — Contestation de la validité constitutionnelle de la Loi sur la sécurité de la vieillesse — Production de plus de mille six cents documents. Le représentant de la défenderesse refuse d’indiquer sur quels faits repose la défense fondée sur l’art. 15(2) et sur l’art. 1 de la Charte — Les questions «relatives au fondement de la défense» sont potentiellement irrégulières — Elles exigent une réponse découlant d’une planification faite par le témoin et elles portent sur le droit puisqu’elles imposent au témoin de se servir du droit applicable pour sélectionner les faits — La complexité et le volume des documents peuvent donner le droit d’obtenir des indications concernant les parties des documents utilisées — Les requérantes peuvent reformuler leurs questions conformément aux exemples donnés dans Can-Air Services Ltd. v. British Aviation Insurance Co. Ltd. — La demande de nouvel interrogatoire préalable est rejetée — On n’a pas établi l’existence de motifs particuliers et d’une situation exceptionnelle — Les demandereses ont beaucoup attendu pour demander les détails, il y a déjà eu un interrogatoire poussé et aucune nouvelle question n’a été soulevée.

g

Les requérantes demandent à la Cour de rendre l’ordonnance prévue à la Règle 465(18) et d’enjoindre au témoin de répondre aux questions ayant fait l’objet d’une objection au cours de l’interrogatoire préalable et de rendre aussi l’ordonnance prévue à la Règle 465(19) et de permettre un nouvel interrogatoire préalable sur les détails fournis. En 1988, les demandereses ont intenté une action contestant la validité constitutionnelle de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*. L’interrogatoire préalable a eu lieu entre les mois de juin 1989 et d’avril 1990. Le représentant de la défenderesse a refusé de répondre à certaines questions. Au mois d’octobre 1990, les demandereses ont présenté une demande de détails visant l’obtention d’un exposé précis des faits substantiels étayant les moyens de défense fondés sur le paragraphe 15(2) et sur l’article premier de la Charte. Plus de mille six cents documents furent produits au cours de l’interrogatoire préalable. Les demandereses font valoir qu’étant donné le nombre important et la complexité des documents, la défenderesse devrait être tenue d’indiquer quelles parties de ceux-ci elle entend utiliser. Elles soutiennent aussi qu’elles ont besoin d’un autre interrogatoire préalable pour explorer les nouvelles questions soulevées par les détails

j

tion of the defendant's planning, argument and trial strategy, intruded upon matters of solicitor-client privilege and were improper as not required to disclose the basis upon which documents were considered relevant. The defendant also submitted that Rule 465(19) sets a very high threshold and states that the plaintiffs can establish neither special reason nor an exceptional case.

Held, as to the application for an order to compel answers, the plaintiffs should be allowed to rephrase the "reliance" questions in accordance with the examples in *Can-Air Services Ltd. v. British Aviation Insurance Co. Ltd.*; the application for an order for further discovery should be denied.

The propriety of any question on discovery must be determined on the basis of its relevance to the facts pleaded in the statement of claim as constituting the cause of action rather than on its relevance to facts which the plaintiff proposes to prove to establish the facts constituting its cause of action. "Reliance questions" or questions that ask the witness on what facts he relies to support an allegation have been held to be improper because they require the witness to select only those facts upon which he relies—they demand a product of the witness' planning. Such questions also attempt to avoid the rule that an examination for discovery may only seek facts, not law, by forcing the witness to think of the applicable law and use it to select facts and then announce the result. However, the propriety of questions may depend upon the importance and complexity of documents. There may be cases where the documents are so voluminous and complex that the opposing party is entitled to obtain some definition from the plaintiff of those parts upon which he intends to rely in order to accomplish the purposes of discovery. In such circumstances, *Côté J.A.* in *Can-Air* gave some examples as to how reliance questions could be rephrased to become purely factual. The selection, identification and isolation of a party's own productions as to the various allegations, issues and events in the litigation is more in the nature of fact disclosure than evidence disclosure. Introduction of documents without provision as to what portions are actually relied upon is not desirable.

Given the importance of the issue and the great number of documents, it was appropriate that the defendant give the plaintiffs some definition of those parts upon which she intends to rely. The Rules of Court should not be applied so as to prevent the Court from having full access to all information which is relevant and pertinent to enable it to arrive at a just conclusion.

fournis. La défenderesse plaide qu'il y a déjà eu un interrogatoire approfondi et qu'il serait déraisonnable et injuste de lui ordonner de répondre aux questions. De plus, beaucoup de questions requièrent qu'elle produise sa planification, ses arguments et la stratégie qu'elle entend suivre au procès, portent atteinte au secret professionnel de l'avocat et ne constituent pas des questions valides car elle n'est pas tenue de divulguer les motifs qui lui font décider de la pertinence des documents. La défenderesse soutient en outre que la Règle 465(19) impose des conditions très exigeantes et que les demanderesses n'ont pu démontrer l'existence ni de raisons spéciales ni d'une situation exceptionnelle.

Jugement: concernant la demande d'ordonnance visant à enjoindre à la défenderesse de répondre aux questions, les demanderesses peuvent reformuler les questions «relatives au fondement» conformément aux exemples donnés dans la décision *Can-Air Services Ltd. v. British Aviation Insurance Co. Ltd.*; la demande d'ordonnance visant l'obtention d'un nouvel interrogatoire préalable est rejetée.

Il faut statuer sur la régularité de toute question posée dans un interrogatoire préalable en fonction de son rapport avec les faits qui, d'après la déclaration, constituent la cause d'action, plutôt qu'en fonction de son rapport avec les faits que la demanderesse a l'intention de prouver pour démontrer les faits à l'origine de sa cause d'action. Les questions «relatives au fondement», savoir les questions où l'on demande au témoin sur quels faits il appuie une affirmation ont été jugées incorrectes parce qu'elles requièrent du témoin qu'il ne sélectionne que les faits sur lesquels il s'appuie—elles lui demandent une réponse découlant de la planification qu'il a faite. En posant de telles questions, on cherche en outre à contourner la règle voulant qu'un interrogatoire préalable ne porte que sur les faits et non sur le droit, en obligeant le témoin à penser aux points de droit applicables, à les utiliser à la sélection des faits et à révéler le résultat de l'opération. Toutefois, la régularité des questions peut dépendre de l'importance et de la complexité des documents. Il peut arriver que des documents soient si volumineux et complexes que la partie adverse devra, pour pouvoir réaliser les objectifs de l'interrogatoire préalable, obtenir de la demanderesse certaines indications sur les parties que celle-ci entend utiliser. Dans la décision *Can-Air*, le juge *Côté, J.C.A.*, a donné des exemples de la façon de reformuler les questions relatives au fondement, dans de telles circonstances, pour les rendre purement factuelles. Le fait, pour une partie, de relever, d'isoler et d'identifier des éléments des documents qu'elle a produits et qui ont trait aux allégations, questions et événements en cause relève davantage de la divulgation de faits que de la communication d'éléments de preuve. Il n'est pas souhaitable d'introduire des documents sans préciser quelles parties de ceux-ci sont réellement invoquées.

Étant donné l'importance de la question et le grand nombre de documents produits, il convient que la défenderesse donne aux demanderesses des indications concernant les éléments qu'elle a l'intention d'utiliser. L'application des règles de la Cour ne devrait jamais empêcher celle-ci d'avoir accès à tous les renseignements pertinents pour pouvoir rendre une décision équitable.

The party seeking further examination for discovery under Rule 465(19) must establish that it does so for special reason in an exceptional case. While the written requests for particulars and the replies thereto become part of the pleadings, the defendant's reply to the demand for particulars did not raise new issues such that a further examination for discovery was warranted. In light of the delay in requesting particulars, the extensive discovery that has taken place and the fact that no new issues have been raised in the particulars, the plaintiffs have not made out special reasons to warrant this exceptional remedy.

La personne qui désire procéder à un nouvel interrogatoire au préalable en vertu de la Règle 465(19) doit établir qu'elle le fait pour un motif spécial et dans des circonstances exceptionnelles. Bien que la requête écrite demandant des détails et la réponse qui en découle soient incorporées aux plaidoiries, la réponse fournie en l'espèce par la défenderesse n'a soulevé aucune nouvelle question justifiant de tenir un nouvel interrogatoire préalable. Vu le retard à demander les détails, l'interrogatoire poussé qui a eu lieu et l'absence de nouvelles questions soulevées par les détails, les défenderesses n'ont pas établi l'existence de circonstances spéciales justifiant ce recours extraordinaire.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 15, 24.
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 465.
Old Age Security Act, R.S.C. 1970, c. O-6.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 15, 24.
Loi sur la sécurité de la vieillesse, S.R.C. 1970, chap. O-6.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 465.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Can-Air Services Ltd. v. British Aviation Insurance Co. Ltd. (1988), 91 A.R. 258; [1989] 1 W.W.R. 750; 63 Alta. L.R. (2d) 61; 30 C.P.C. (2d) 1 (C.A.); *Leliever v. Lindson* (1977), 3 C.P.C. 245 (Ont. H.C.); *Rule-Bilt Ltd. v. Shenkman Corporation Ltd. et al.* (1977), 18 O.R. (2d) 276; 4 C.P.C. 256 (S.C.); *Beloit Canada Ltée/Ltd. et al. v. Valmet Oy* (1981), 60 C.P.R. (2d) 145 (F.C.T.D.); *Ethicon Inc. et al. v. Cyanamid of Canada Ltd.* (1977), 35 C.P.R. (2d) 126 (F.C.T.D.); *Imperial Marine Industries Ltd. v. Fireman's Fund Insurance Co.*, [1977] 1 F.C. 747 (T.D.); *Johnson (S.C.) and Son Ltd. v. Pic Corp. et al.* (1975), 19 C.P.R. (2d) 26 (F.C.T.D.); *Geo Vann, Inc. v. N.L. Industries, Inc.* (1984), 1 C.P.R. (3d) 277 (F.C.T.D.).

CONSIDERED:

Sperry Corporation v. John Deere Ltd. et al. (1984), 82 C.P.R. (2d) 1 (F.C.T.D.); *Armstrong Cork Canada Ltd. et al. v. Domco Industries Ltd. et al.* (1983), 71 C.P.R. (2d) 5; 48 N.R. 157 (F.C.A.); *Champion Packaging Corp. v. Triumph Packaging Corp.*, [1977] 1 F.C. 191; (1976), 29 C.P.R. (2d) 284; 14 N.R. 43 (C.A.).

COUNSEL:

T. Huckell and *E. Ticoll* for plaintiffs (applicants).
John B. Laskin for defendant (respondent).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS SUIVIES:

Can-Air Services Ltd. v. British Aviation Insurance Co. Ltd. (1988), 91 A.R. 258; [1989] 1 W.W.R. 750; 63 Alta. L.R. (2d) 61; 30 C.P.C. (2d) 1 (C.A.); *Leliever v. Lindson* (1977), 3 C.P.C. 245 (H.C. Ont.); *Rule-Bilt Ltd. v. Shenkman Corporation Ltd. et al.* (1977), 18 O.R. (2d) 276; 4 C.P.C. 256 (C.S.); *Beloit Canada Ltée/Ltd. et autre c. Valmet Oy* (1981), 60 C.P.R. (2d) 145 (C.F. 1^{re} inst.); *Ethicon Inc. et autre c. Cyanamid du Canada Ltée* (1977), 35 C.P.R. (2d) 126 (C.F. 1^{re} inst.); *Imperial Marine Industries Ltd. c. Fireman's Fund Insurance Co.*, [1977] 1 C.F. 747 (1^{re} inst.); *Johnson (S.C.) and Son Ltd. c. Pic Corp. et autre* (1975), 19 C.P.R. (2d) 26 (C.F. 1^{re} inst.); *Geo Vann, Inc. c. N.L. Industries, Inc.* (1984), 1 C.P.R. (3d) 277 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Sperry Corporation c. John Deere Ltd. et autre (1984), 82 C.P.R. (2d) 1 (C.F. 1^{re} inst.); *Armstrong Cork Canada Ltd. et autres c. Domco Industries Ltd. et autres* (1983), 71 C.P.R. (2d) 5; 48 N.R. 157 (C.A.F.); *Champion Packaging Corp. c. Triumph Packaging Corp.*, [1977] 1 C.F. 191; (1976) 29 C.P.R. (2d) 284; 14 N.R. 43 (C.A.).

AVOCATS:

T. Huckell et *E. Ticoll* pour les demandereses (requérantes).
John B. Laskin pour la défenderesse (intimée).

SOLICITORS:

Travis Huckell, Edmonton, for plaintiffs (applicants).

Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto, for defendant (respondent).^a

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

JEROME A.C.J.: This matter came on for hearing at Edmonton, Alberta on February 4, 1991. By notice of motion dated January 8, 1991, the plaintiffs seek an order pursuant to Rule 465(18) [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] to compel the officer of the defendant, Mr. Rodney Hagglund, to respond to questions objected to at discovery and an order pursuant to Rule 465(19) to permit further discovery on the particulars submitted by the defendant on November 21, 1990.

BACKGROUND:

This application arises from an action commenced by the plaintiffs in Edmonton, Alberta on February 25, 1988 (the "action") involving a constitutional challenge to the *Old Age Security Act*, R.S.C. 1970, c. O-6, as amended (the "Act"). In the statement of claim the plaintiffs request a declaration that provisions of the Act which establish the Widowed Spouse's Allowance discriminate on the basis of marital status contrary to section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the "Charter") [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. The plaintiffs also request an order pursuant to subsection 24(1) of the Charter to amend the Act by removing all references to marital status and to direct the defendant to pay to the plaintiffs the Widowed Spouse's Allowance from the respective date of each plaintiff's application. In a statement of defence filed March 23, 1988, the defendant denies that the said provisions of the Act infringe subsection 15(1) of the Charter. In the alternative, the defendant states that these provisions fall within subsection 15(2) of the Charter which provides an exemption from subsection 15(1) for any

PROCUREURS:

Travis Huckell, Edmonton, pour les demanderes-
ses (requérantes).

Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto, pour la défenderesse (intimée).

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

LE JUGE EN CHEF ADJOINT JEROME: La présente requête a été entendue le 4 février 1991 à Edmonton (Alberta). Les demandereses demandent à la Cour, dans leur avis de requête daté du 8 janvier 1991, de rendre l'ordonnance prévue à la Règle 465(18) [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663] et d'enjoindre à l'employé de la défenderesse, M. Rodney Hagglund, de répondre aux questions ayant fait l'objet d'une objection au cours de l'interrogatoire préalable. Elles lui demandent aussi de rendre l'ordonnance prévue à la Règle 465(19) et de permettre un nouvel interrogatoire préalable sur les détails fournis par la défenderesse le 21 novembre 1990.

e CONTEXTE:

Les demandereses soumettent la présente requête dans le cadre de l'action qu'elles ont intentée le 25 février 1988 à Edmonton (Alberta) et dans laquelle elles contestent la validité constitutionnelle de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, S.R.C. 1970, chap. O-6, et de ses modifications (la «Loi»). Dans leur déclaration, les demandereses sollicitent le prononcé d'un jugement déclaratoire portant que les dispositions de la Loi établissant l'allocation au conjoint pour veuf et veuve constituent une forme de discrimination fondée sur l'état civil contraire à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la «Charte») [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. Elles demandent aussi à la Cour de rendre, en application du paragraphe 24(1) de la Charte, une ordonnance modifiant la Loi de façon à supprimer tout ce qui a trait à l'état civil et enjoignant à la défenderesse de leur verser l'allocation au conjoint pour veuf et veuve à compter de la date où chacune des demandereses en a fait la demande. La défenderesse nie, dans la défense qu'elle a produite le 23 mars 1988, que les dispositions attaquées con-

law that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups. In the further alternative, the defendant submits that the provisions are justified under section 1 of the Charter.

Two similar actions have been commenced in this Court, one in Ontario (the "Granek action") and one in Nova Scotia (the "Collins action"). Upon motion by the defendant, an order was made by Giles A.S.P. on March 26, 1990 providing *inter alia* that the action be tried at the same time as the Granek and Collins actions, that there be a common examination for discovery of the defendant, and that unless otherwise agreed or directed, statements of expert evidence be served and filed not less than 30 days before the commencement of trial.

The examination for discovery in the Granek and Collins actions of Mr. Rodney Hagglund on behalf of the defendant commenced on June 21 and 22, 1989. Mr. Hagglund is the Assistant Director General for Policy and Legislation in the Programs Policy Appeals and Legislation Directorate of the Income Security Programs Branch of the Department of National Health and Welfare. The examination was continued on October 4, 1989 and counsel for the plaintiffs agreed that the previous examination conducted in the Granek and Collins actions would also apply to this action. The examination for discovery was continued and concluded on April 30, 1990 subject to undertakings and objections. During the course of discovery, the defendant produced a list of over 1600 documents which filled twelve large binders. The questions which Mr. Hagglund refused to answer during the examination are set out in Exhibit "A" to the affidavit of Lois Taylor sworn January 8, 1991. The defendant has categorized the questions in the following manner which was referred to, in argument, by both parties:

(a) questions seeking identification of the facts or documents on which the defendant relies in support of certain allegations in the defence; (Items 1-3 and 5-11)

(b) questions seeking disclosure of the arguments to be advanced by the defendant at trial in support of certain allega-

treviennent au paragraphe 15(1) de la Charte. Elle allègue subsidiairement que ces dispositions sont visées au paragraphe 15(2) de la Charte, lequel exempte de l'application du paragraphe 15(1) toute loi destinée à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, et qu'elles sont justifiées aux termes de l'article premier de la Charte.

Deux actions similaires ont été intentées devant la Cour, l'une en Ontario (l'«affaire Granek») et l'autre en Nouvelle-Écosse (l'«affaire Collins»). Le 26 mars 1990, par suite d'une requête présentée par la défenderesse, le protonotaire adjoint Giles a, entres autres, ordonné que la présente action soit entendue en même temps que les deux actions précitées, qu'il y ait un interrogatoire préalable commun de la défenderesse et qu'à moins d'entente ou d'ordonnance contraire, les exposés des témoins experts soient signifiés et produits au plus tard trente jours avant le début de l'instruction.

Dans les affaires Granek et Collins, l'interrogatoire préalable du représentant de la défenderesse, M. Rodney Hagglund, a commencé les 21 et 22 juin 1989. M. Hagglund est directeur général adjoint de la Direction des politiques, des appels et de la législation des programmes de la Direction générale des programmes de la sécurité du revenu au ministère de la Santé nationale et du Bien-être social. L'interrogatoire préalable a repris le 4 octobre 1989 et l'avocat des demanderesse a accepté que l'interrogatoire effectué dans les affaires Granek et Collins serve aussi en l'espèce. L'interrogatoire s'est poursuivi le 30 avril 1990 et s'est terminé la même date sous réserve des engagements et des objections. Au cours de l'interrogatoire, la défenderesse a produit une liste de plus de mille six cents documents qui ont rempli douze gros relieurs à feuilles mobiles. Les questions auxquelles M. Hagglund a refusé de répondre sont énumérées à la pièce «A» annexée à l'affidavit souscrit par Lois Taylor le 8 janvier 1991. La défenderesse a classé ces questions dans les catégories suivantes, auxquelles les deux parties ont fait référence dans leur argumentation:

[TRADUCTION] a) les questions visant à désigner les faits ou les documents fondant certaines des allégations présentées en défense par la défenderesse (éléments 1-3 et 5-11);

b) les questions visant la communication des arguments que la défenderesse présentera au procès, à l'appui de certaines de ses

tions in the defence, and of the facts on which the defendant's trial strategy is based; (Items 14 and 19-20)

(c) questions concerning the basis on which certain documents produced by the defendant were considered relevant to the issues in the action; (items 13 and 15-17)

(d) a question seeking, in effect, particulars of the defendant's plea in reliance on section 15(2) of the Charter; (Item 4)

(e) a question asking that Mr. Hagglund identify in the productions support for a statement made in a document concerning the legislation in issue prepared by the Library of Parliament; (item 12) and

(f) a question seeking production of studies that may have been prepared in connection with legislative programs other than the legislative program in issue in the action. (Item 18)

On October 9, 1990 the plaintiffs' solicitors made a formal demand for particulars, seeking "a precise statement of the material facts on which the defendant relies for paragraphs 5, 6 and 7 of its pleadings". The defendant responded to the demand on November 21, 1990 as follows:

Paragraph 5 of the Defence

1. The defendant's denial in paragraph 5 of the defence that the provisions of the Old Age Security Act (the "Act") which establish the widowed spouses allowance infringe or deny any right set out in section 15(1) of the Charter is a matter for legal argument at trial and does not require particulars.

Paragraph 6 of the Defence

2. The following are the material facts upon which the defendant relies in support of the allegation in paragraph 6 of the defence that the provisions of the Act which establish the widowed spouses allowance come within section 15(2) of the Charter:

(a) The object of the provisions is the amelioration of the conditions of widowed spouses aged 60 to 64.

(b) Those assisted by the provisions, most of whom are women, are financially disadvantaged.

(c) The limited economic resources of the Government of Canada have to date precluded the extension of similar benefits to others, including the plaintiffs, aged 60 to 64.

Paragraph 7 of the Defence

3. The following are the material facts upon which the defendant relies in support of the allegation in paragraph 7 of the defence that the provisions of the Act which establish the widowed spouses allowance constitute a reasonable limit prescribed by law and demonstrably justified in a free and democratic society, as contemplated by s. 1 of the Charter:

allégations ainsi que celle des faits étayant sa stratégie de défense (éléments 14 et 19-20);

c) les questions portant sur les motifs faisant que certains documents produits par la défenderesse ont été jugés pertinents aux objets de l'action; (éléments 13 et 15-17);

d) une question visant effectivement l'obtention de détails relatifs à la défense fondée sur le paragraphe 15(2) de la Charte (élément 4);

e) une question demandant que M. Hagglund repère, parmi les documents produits, le fondement de la déclaration faite dans un document préparé par la bibliothèque du Parlement relativement à la loi en cause (élément 12);

f) une question visant la production des études qui ont pu être préparées en rapport avec des programmes législatifs autres que celui qui est visé en l'espèce (élément 18).

Le 9 octobre 1990, les avocats des demandresses ont présenté une demande officielle de détails visant l'obtention d'un [TRADUCTION] «exposé précis des faits substantiels fondant les paragraphes cinq, six et sept de la défense». La défenderesse a fourni la réponse suivante le 21 novembre 1990:

[TRADUCTION] Paragraphe cinq de la défense

1. La dénégation du fait que les dispositions de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* (la «Loi») établissant l'allocation au conjoint pour veuf et veuve enfreignent ou nient un droit énoncé au paragraphe 15(1) de la Charte relève de l'argumentation en droit présentée au procès et ne nécessite aucun détail.

Paragraphe six de la défense

2. L'énumération qui suit est celle des faits substantiels sur lesquels repose l'allégation faite au paragraphe 6, selon laquelle les dispositions de la Loi établissant l'allocation au conjoint pour veuf et veuve sont visées au paragraphe 15(2) de la Charte:

a) Les dispositions ont pour objet l'amélioration de la situation des veuves ou des veufs ayant entre soixante et soixante-quatre ans.

b) Les personnes auxquelles ces dispositions viennent en aide, dont la majorité sont des femmes, sont financièrement défavorisées.

c) Le gouvernement du Canada n'a pu, jusqu'à ce jour, étendre le versement de prestations similaires à d'autres personnes ayant entre soixante et soixante-quatre ans, y compris les demandresses, du fait de ses ressources financières limitées.

Paragraphe sept de la défense

3. L'énumération qui suit est celle des faits substantiels sur lesquels repose l'allégation faite au paragraphe sept, selon laquelle les dispositions de la Loi établissant l'allocation au conjoint pour veuf et veuve constituent une limite raisonnable, prévue par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique:

- (a) [as in 2.(a) above].
- (b) That objective is pressing and substantial in a free and democratic society.
- (c) The provisions constitute a rational and proportionate means of achieving their objective.
- (d) [as in 2.(c) above].

On December 6, 1990 the plaintiffs requested a further examination of Mr. Hagglund on the particulars. By letter dated December 10, 1990, counsel for the defendant asked the plaintiffs to provide a list setting out the further information required.

In the present application, the plaintiffs seek further discovery. Counsel for the plaintiffs has instructions to act as agent for the solicitors in the Collins action and they have the support of the solicitors in the Granek action. Two alternative requests have been presented:

- i. The Defendant be directed to respond to the questions it refused to allow its officer to respond to;
- ii. Further discovery be directed on the basis of the particulars given.

RELEVANT STATUTORY PROVISIONS:

Federal Court Rule 465, Examinations for Discovery, provides:

Rule 465.(1) For the purposes of this Rule, a party may be examined for discovery, as hereinafter in this Rule provided,

(15) Upon examination for discovery otherwise than under paragraph (5), the individual being questioned shall answer any question as to any fact within the knowledge or means of knowledge of the party being examined for discovery that may prove or tend to prove or disprove or tend to disprove any unadmitted allegation of fact in any pleading filed by the party being examined for discovery or the examining party.

(18) The examiner, unless he is a prothonotary or a judge, has no authority to determine any question arising under paragraphs (15) or (16). In any case other than one where a judge is the examiner, if the party examining is of the view that the individual being questioned has omitted to answer, or has answered insufficiently, the party examining may apply by motion or informally to the Court for an order requiring him to answer, or to answer further. Where a judge is the examiner, his ruling on any question shall be deemed to be an order of the Court.

- a) [Identique à l'alinéa 2.a) ci-dessus.]
- b) L'objet visé par ces dispositions est une préoccupation urgente et réelle dans une société libre et démocratique.
- c) Les dispositions visent la réalisation de cet objectif d'une façon rationnelle et proportionnelle.
- d) [Identique à l'alinéa 2.c) ci-dessus.]

Le 6 décembre 1990, les demandereses ont demandé à réinterroger M. Hagglund au préalable sur les détails fournis. Dans une lettre datée du 10 décembre 1990, l'avocat de la défenderesse a prié les demandereses de lui transmettre une liste des renseignements supplémentaires requis.

Dans la présente requête, les demandereses requièrent un nouvel interrogatoire préalable. Les avocats des demandereses ont reçu mandat de représenter ceux de l'affaire Collins et jouissent de l'appui de ceux de l'affaire Granek. Ils ont présenté deux demandes subsidiaires, savoir que la Cour:

- [TRADUCTION] (i) enjoigne à la défenderesse de répondre aux questions auxquelles elle n'avait pas permis à son représentant de répondre;
- (ii) ordonne un nouvel interrogatoire préalable sur les détails donnés.

DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES:

La Règle 465 des *Règles de la Cour fédérale*, relative aux interrogatoires préalables, prévoit:

Règle 465.(1) Aux fins de la présente Règle, on peut procéder à l'interrogatoire préalable d'une partie, tel que ci-après prévu dans cette Règle,

(15) À un interrogatoire préalable autre qu'un interrogatoire en vertu de l'alinéa (5), l'individu qui est interrogé doit répondre à toute question sur tout fait que la partie interrogée au préalable connaît ou a les moyens de connaître et qui peut soit démontrer ou tendre à démontrer ou réfuter ou tendre à réfuter une allévation de fait non admis dans une plaidoirie à la cause de la partie qui est interrogée au préalable ou de la partie qui procède à l'interrogatoire.

(18) L'examineur, à moins qu'il ne soit protonotaire ou juge, n'a pas le pouvoir de statuer sur un point soulevé au sujet de l'application des alinéas (15) ou (16). Dans tous les cas autres que celui où l'examineur est un juge, si la partie qui procède à l'interrogatoire préalable est d'avis que l'individu interrogé a omis de répondre, ou a suffisamment [insuffisamment] répondu, la partie qui procède à l'interrogatoire peut demander à la Cour, soit par requête, soit par une simple demande, une ordonnance enjoignant à cette personne de répondre ou de fournir une plus ample réponse. Lorsque l'exa-

(19) The Court may, for special reason in an exceptional case, in its discretion, order a further examination for discovery after a party or assignor has been examined for discovery under this Rule.

PLAINTIFFS' ARGUMENT:

The plaintiffs submit that the defendants must provide the factual basis of its defence to ensure the fullest possible discovery particularly where a serious constitutional challenge is at issue. The defendant has not pleaded any facts in support of its defences under subsection 15(2) and section 1 of the Charter and the applicants submit that they have been placed in a position of having to guess what these defences will be due to the generalities in the statement of defence, the defendant's refusal to answer the questions at issue, and the general nature of the particulars.

The plaintiffs state that the questions which Mr. Hagglund, officer for the defendant, has refused to answer are clearly related to the action and to facts within his knowledge or means of knowledge which may prove or tend to disprove the unadmitted allegations of fact in the pleadings filed by the parties. The plaintiffs submit that the defendant's objections are technical in nature and are based on the way the questions have been worded rather than their substance. The plaintiffs suggest that it is not reasonable to expect them to review and interpret the voluminous documents produced on discovery, evaluate their significance, and determine the facts upon which the defendant is relying. Because these documents are voluminous and complex, the defendant should be obliged to indicate the specific parts of the documents or give some definition of the parts of the production on which it intends to rely.

The plaintiffs submit that further discovery should be ordered in the light of the further particulars provided by the defendant as set out in exhibit "C" to the affidavit of Lois Taylor. The plaintiffs state that the

minateur est un juge, sa décision sur toute question est censée être une ordonnance de la Cour.

(19) La Cour pourra, pour des raisons spéciales, mais exceptionnellement, et dans sa discrétion, ordonner un autre examen préalable après qu'une partie ou cessionnaire aura été examiné au préalable en vertu de la présente Règle.

ARGUMENTATION DES DEMANDERESSES:

Les demanderesse soutiennent que la défenderesse doit faire connaître le fondement factuel de sa défense, particulièrement dans le cas d'un litige constitutionnel sérieux, afin d'assurer la communication la plus complète possible. La défenderesse n'a avancé aucun argument factuel au soutien des moyens de défense fondés sur le paragraphe 15(2) et sur l'article premier de la Charte qu'elle invoque. Les demanderesse plaident que la généralité des allégations énoncées à la défense, le refus de la partie défenderesse de répondre aux questions en cause et la nature générale des détails font qu'elles en sont réduites à deviner quels seront les moyens de défenses invoqués.

Les demanderesse font valoir que les questions auxquelles M. Hagglund, le représentant de la défenderesse, a refusé de répondre ont incontestablement un rapport avec l'action ainsi qu'avec des faits dont il a connaissance ou qu'il a les moyens de connaître et qui peuvent démontrer ou tendre à réfuter les allégations de fait non admis contenues dans les plaidoiries des parties. Elles soutiennent que les objections de la défenderesse sont d'ordre technique et portent davantage sur la formulation des questions que sur leur substance. Elles estiment qu'il n'est pas raisonnable de penser qu'elles vont pouvoir examiner et interpréter la documentation volumineuse qui a été produite à l'occasion de l'interrogatoire préalable, évaluer son importance et déterminer sur quels faits la défenderesse fonde sa défense et qu'il devrait incomber à cette dernière, compte tenu du nombre important des documents produits et de leur complexité, d'indiquer les extraits particuliers des documents ou de donner une certaine indication des parties de la documentation dont elle entend se servir.

Les demanderesse soutiennent en outre, ainsi qu'il en est fait état à la pièce «C» jointe à l'affidavit de Lois Taylor, qu'à cause des nouveaux détails fournis par la défenderesse, la Cour devrait ordonner la tenue

particulars are in effect an amendment to the pleadings as they raise matters and issues not suggested in the original pleadings. Further discovery is, therefore, required to explore the new issues and to obtain the information necessary to bring this matter to trial. The plaintiffs explain that particulars had not been requested earlier because they had anticipated that the necessary facts would be provided by the defendant during the course of discovery. It is suggested that the new lines of inquiry raised by the particulars provided by the defendant are the following:

- i. Inquiries about facts in the Defendant's possession that suggest widowed spouses are a disadvantaged group;
- ii. Inquiries about facts in the Defendant's possession that suggest that widowed spouses between the ages of 60 and 64 are disadvantaged compared to single and divorced individuals in the same age group;
- iii. Inquiries about facts in the Defendant's possession that suggest that there is a sound social policy reason for favouring widows over single and divorced persons and that these reasons are rational and proportionate to the objective of ameliorating the conditions of economically disadvantaged persons aged 60 to 64;
- iv. Inquiries about facts in the Defendant's possession that suggest that its limited economic resources preclude the extension of similar benefits to the Plaintiffs;
- v. Inquiries about documents pertaining to all of the above.

DEFENDANT'S ARGUMENT:

The defendant notes that the plaintiffs did not seek particulars of the defence until well after the conclusion of the examination for discovery of Mr. Hagglund and that during the four days of the examination for discovery an extensive examination was conducted with respect to the objective of the legislation, the characteristics of those assisted, and costs. In the light of the extensive examination already conducted it would be unreasonable and unfair to make

d'un autre interrogatoire préalable. Elles prétendent que ces détails modifient, en fait, les plaidoiries, car ils abordent des sujets et soulèvent des questions auxquelles les plaidoiries originales ne faisaient pas allusion. Il s'impose donc de procéder à un autre interrogatoire préalable afin d'explorer ces nouveaux éléments et d'obtenir les renseignements nécessaires pour instruire l'action. Les demanderesse expliquent qu'elles n'ont pas réclamé les détails plus tôt parce qu'elles s'attendaient à obtenir les faits nécessaires au cours de l'interrogatoire préalable de la défenderesse. Elles présentent ainsi les nouvelles avenues d'examen ouvertes par les détails fournis:

- ^a [TRADUCTION] (i) des questions relatives aux faits que connaît la défenderesse et qui la font conclure que les veufs et les veuves constituent un groupe défavorisé;
- ^b (ii) des questions relatives aux faits que connaît la défenderesse et qui la font conclure que les veufs et les veuves ayant entre soixante et soixante-quatre ans sont défavorisés si on les compare aux personnes célibataires ou divorcées appartenant au même groupe d'âge;
- ^c (iii) des questions relatives aux faits que connaît la défenderesse et qui la font conclure que l'avantage conféré aux veufs et aux veuves et non aux personnes célibataires ou divorcées repose sur des motifs de politique sociale valables, rationnellement liés à l'atteinte de l'objectif d'amélioration de la situation des personnes financièrement défavorisées ayant entre soixante et soixante-quatre ans et proportionnés à cet objectif;
- ^d (iv) des questions relatives aux faits que connaît la défenderesse et qui la font conclure que ses ressources financières limitées l'empêchent d'étendre aux demanderesse le versement de prestations similaires;
- ^e (v) des questions relatives aux documents portant sur les questions susmentionnées.

^h ARGUMENTATION DE LA DÉFENDERESSE:

La défenderesse signale que les demanderesse ont attendu longtemps après la fin de l'interrogatoire préalable de M. Hagglund pour demander des détails relativement à la défense. Elle fait remarquer que les objectifs poursuivis par la Loi, les caractéristiques des personnes bénéficiant de ses dispositions et les coûts du programme ont fait l'objet d'un examen approfondi pendant les quatre jours qu'a duré l'interrogatoire, et qu'il serait déraisonnable et injuste,

an order at this stage requiring that the questions be answered.

compte tenu de cet examen, de rendre, à l'étape actuelle de la procédure, une ordonnance enjoignant à la défenderesse de répondre aux questions.

a

The defendant submits that questions 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 14, 19 and 20 [categories (a) and (b)] demand the production of its planning, argument and trial strategy, intrude upon matter of solicitor-client privilege, and are not proper questions. The defendant submits that it is not obliged on discovery to disclose the basis upon which documents were considered relevant and that questions 13, 15, 16 and 17 [category (c)] are, therefore, not proper. The respondent submits that question 4 [category (d)] has been satisfactorily answered in the reply to the demand for particulars, that question 12 [category (e)] is improper as it asks the officer of the defendant to comment on an opinion expressed by someone not a party, and that question 18 [category (f)] involved an undertaking given by the defendant which has now been answered.

b

c

d

e

La défenderesse plaide que les questions 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 14, 19 et 20 [soit les catégories a) et b)] requièrent qu'elle produise sa planification, ses arguments et la stratégie qu'elle entend appliquer au procès, portent atteinte au secret professionnel de l'avocat et ne constituent pas des questions valables. Elle prétend qu'elle n'est pas tenue de divulguer, à l'interrogatoire préalable, les motifs qui lui ont fait décider de la pertinence des documents et que les questions 13, 15, 16 et 17 [soit la catégorie c)] ne sont donc pas des questions valables. Elle fait valoir qu'elle a répondu de façon satisfaisante à la question 4 [soit la catégorie d)] en répondant à la demande de détails, que la questions 12 [soit la catégorie e)] n'est pas valable car elle exige du représentant de la défenderesse qu'il commente une opinion exprimée par un tiers et que la question 18 [soit la catégorie f)] porte sur un engagement que la défenderesse a pris et auquel elle s'est conformée.

f

The defendant submits that Rule 465(19) sets a very high threshold and states that the plaintiffs can establish neither special reason nor an exceptional case. The defendant draws a distinction between particulars for the purposes of pleadings and particulars for the purposes of trial, the latter having no bearing on discovery. Since the particulars were not requested until after the close of pleadings and five months after the conclusion of the examination for discovery of the defendant, they must be taken to be particulars for trial. Again, the defendant states that as there has already been extensive examination for discovery on the subject-matter of the particulars, this is not a proper case for the Court to exercise its discretion to order a further examination, particularly when the plaintiffs delayed seeking particulars until well after the completion of the examination for discovery and particularly when many of the objections in issue were made at an early stage in the discovery.

g

h

i

j

La défenderesse affirme que la Règle 465(19) impose des conditions très exigeantes et que les demanderesses ne peuvent démontrer l'existence ni de raisons spéciales ni d'une situation exceptionnelle. Elle établit une distinction entre les détails requis pour la préparation des plaidoiries et ceux qui sont requis pour l'instruction, lesquels, affirme-t-elle, sans rapport avec l'interrogatoire préalable. Selon elle, puisque les détails n'ont été demandés qu'après la clôture des plaidoiries et cinq mois après la fin de l'interrogatoire préalable de la défenderesse, il faut y voir des détails visant l'instruction. Elle répète que les détails fournis ont déjà fait l'objet d'un interrogatoire préalable fouillé et qu'il ne convient pas, en l'espèce, que la Cour use de sa discrétion pour ordonner un autre interrogatoire, particulièrement si l'on considère que les demanderesses ont attendu bien au-delà de la fin de l'interrogatoire préalable pour les demander et que beaucoup des objections en cause ont été faites dès le début de l'interrogatoire.

ANALYSIS:

Rule 465(18)—Order to Compel Answers

In *Sperry Corporation v. John Deere Ltd. et al.* (1984), 82 C.P.R. (2d) 1 (F.C.T.D.), at page 10, McNair J. observed that “[t]he prevailing tendency today is against restricting the ambit and scope of examination for discovery.” However, the proper purpose of an examination for discovery is to elicit facts and, as noted by Heald J.A. in *Armstrong Cork Canada Ltd. et al. v. Domco Industries Ltd. et al.* (1983), 71 C.P.R. (2d) 5 (F.C.A.), at page 7, where he upheld the reasoning in *Champion Packaging Corp. v. Triumph Packaging Corp.*, [1977] 1 F.C. 191 (C.A.), at pages 192-193, that “the propriety of any question on discovery must be determined on the basis of its relevance to the facts pleaded in the statement of claim as constituting the cause of action rather than on its relevance to facts which the plaintiff proposes to prove to establish the facts constituting its cause of action.”

The questions in categories (a), (b) and (d) essentially concern what the defendant has termed “reliance questions”. In *Can-Air Services Ltd. v. British Aviation Insurance Co. Ltd.* (1988), 91 A.R. 258 (C.A.), Côté J.A., for the Court, considered the propriety of what he also termed “reliance questions” such as, [at page 259] “Can you tell sir what facts you rely on to support that allegation, in paragraph 9(a) of the Statement of Defence?” He concluded that it is always improper to ask the witness “On what facts do you rely . . . to support that allegation?” and [at pages 259-260] he explained the impropriety of questions phrased in that manner:

“On what facts do you rely . . .” does not ask for facts which the witness knows or can learn. Nor does it ask for facts which may exist. Instead it makes the witness choose from some set of facts, discarding those upon which he does not “rely” and naming only those on which he does “rely”.

ANALYSE:

La Règle 465(18)—Ordonnance enjoignant de répondre

Dans *Sperry Corporation c. John Deere Ltd. et autre* (1984), 82 C.P.R. (2d) 1 (C.F. 1^{re} inst.), le juge McNair a fait observer, à la page 10, que «[s]elon la tendance dominante actuelle, il y a[vait] élargissement de la portée de l’interrogatoire préalable». Toutefois, l’objectif légitime d’un interrogatoire préalable est la découverte de faits et, comme l’a mentionné le juge Heald, J.C.A., dans *Armstrong Cork Canada Ltd. et autres c. Domco Industries Ltd. et autres* (1983), 71 C.P.R. (2d) 5 (C.A.F.), à la page 7, une décision où il a confirmé la validité du raisonnement tenu dans *Champion Packaging Corp. c. Triumph Packaging Corp.*, [1977] 1 C.F. 191 (C.A.), aux pages 192 et 193, «il faut statuer sur la régularité de toute question concernant l’interrogatoire en fonction de son rapport avec les faits plaidés dans la déclaration dans la mesure où il sont à l’origine de la cause d’action plutôt qu’en fonction de son rapport avec les faits que la demanderesse a l’intention de prouver pour démontrer les faits à l’origine de sa cause d’action».

Les questions des catégories a), b) et c) portent essentiellement sur ce que la défenderesse a appelé des [TRADUCTION] «questions relatives au fondement». Le juge Côté de la Cour d’appel de l’Alberta a examiné, dans *Can-Air Services Ltd. v. British Aviation Insurance Co. Ltd.* (1988), 91 A.R. 258 (C.A.), la régularité de ce qu’il a lui aussi appelé des [TRADUCTION] «questions relatives au fondement», telles [à la page 259]: [TRADUCTION] «Pouvez-vous me dire sur quels faits vous vous basez pour faire l’allégation contenue à l’alinéa 9a) de votre défense». Il a conclu qu’il n’est jamais correct de demander au témoin: [TRADUCTION] «Sur quels faits vous basez-vous . . . pour faire cette allégation?» et il a expliqué [aux pages 259 et 260] pourquoi des questions formulées de cette façon étaient incorrectes:

[TRADUCTION] Lorsqu’on dit «Sur quels faits vous basez-vous . . .», on ne cherche pas à connaître des faits dont le témoin est au courant ou qu’il peut apprendre. On ne demande pas non plus des faits qui peuvent exister. On demande en fait au témoin de choisir parmi des ensembles de faits en écartant ceux qui ne lui servent pas de «base» et en désignant ceux qui ont valeur de fondement.

Because the question demands a selection, it demands a product of the witness' planning. . . . The question really asks how his lawyer will prove the plea. That may well be based on trial strategy.

Another fundamental rule is that an examination for discovery may seek only facts, not law: . . . These questions try to evade that rule by forcing the witness to think of the law applicable or relied upon, then use it to perform some operation (selecting facts), and then announce the result. The result looks on the surface like a mere collection of facts, but it really is not: . . . The witness cannot know what facts will help him in court until he knows the law. So what facts he relies on must be based upon his view of the law.

However, "because compendious fact questions may be permissible in some cases", *Côté J.A.* allowed the questioner to elect to have the witness reattend and answer suitably rephrased purely factual questions to replace the reliance questions. He gave some indication as to how the questions could be reworded [at page 262]:

An examining lawyer could properly say "Paragraph 4(b) of your Statement of Claim alleges that the driver was impaired by alcohol at the time of the collision. Tell me all the facts about that impairment which you know or must properly inform yourself of". There both the pleading and the question are factual, so the question is proper. If the questioner instead asks "On what facts do you rely for paragraph 4(b)", the witness' lawyer may properly object.

Many of the questions at issue also relate to the plaintiffs' attempt to determine the relevance and significance of some of the 1600 documents produced on discovery. In *Leliever v. Lindson* (1977), 3 C.P.C. 245 (Ont. H.C.) Osler J. considered the correctness of the order of Keith J. of the Divisional Court requiring the plaintiff to indicate at discovery the specific parts of the document on which he intends to rely. He upheld the order, commenting [at page 246]:

Parce que cette question requiert une sélection, elle exige une réponse découlant d'une planification du témoin. . . . Ce qui est réellement demandé, c'est d'expliquer comment son avocat prouvera les affirmations faites dans les plaidoiries. Cela peut très bien relever de la stratégie du procès.

L'interrogatoire préalable obéit à une autre règle fondamentale voulant qu'il se limite à des faits et ne porte pas sur des questions de droit: . . . En posant de telles questions, on tente de contourner cette règle en obligeant le témoin à penser aux points de droit applicables ou invoqués, à les utiliser pour exécuter une opération (la sélection de faits) et à en révéler le résultat. En surface, ce résultat donne l'image d'une simple collection de faits, mais il s'agit en réalité d'autre chose: . . . Le témoin ne peut savoir quels faits lui seront utiles en cour à moins de connaître le droit. Ainsi les faits sur lesquels il se base doivent dépendre de sa conception du droit.

Toutefois, [TRADUCTION] «parce qu'il peut, dans certains cas, être possible de poser des questions relatives à un résumé factuel», le juge *Côté* a donné à l'examineur la possibilité de reconvoquer le témoin et de lui poser des questions purement factuelles correctement reformulées à la place des questions relatives au fondement. Il a fourni quelques précisions sur la façon de reformuler les questions [à la page 262]:

[TRADUCTION] L'avocat procédant à un interrogatoire préalable pourrait valablement demander «Vous déclarez à l'alinéa 4b) de votre déclaration que les facultés du conducteur étaient affaiblies par l'alcool au moment de la collision. Dites-moi tous les faits que vous savez au sujet de son état ou sur lesquels il conviendrait que vous vous renseigniez». Autant la plaidoirie que la question sont factuelles, la question est donc acceptable. Si l'avocat avait demandé «Sur quels faits repose l'alinéa 4b)», l'avocat du témoin aurait pu à bon droit former objection.

Beaucoup des questions en cause portent aussi sur la tentative des demanderesses d'établir la pertinence et l'importance de quelques-uns des mille six cents documents produits au cours de l'interrogatoire préalable. Dans l'affaire *Leliever v. Lindson* (1977), 3 C.P.C. 245 (H.C. Ont.), le juge Osler a examiné la validité de l'ordonnance rendue par le juge Keith, de la Cour divisionnaire, laquelle enjoignait à la demanderesse d'indiquer, dans son interrogatoire préalable, les extraits particuliers du document sur lesquels elle avait l'intention de se fonder. Le juge Osler a maintenu l'ordonnance, en faisant l'observation suivante [à la page 246]:

While there are few, if any, decided cases upon the point it has in my view been customary to determine questions of this sort by having regard to the importance and the complexity of documents, with respect to which it is sought to question parties. There is no universal test that can be applied to situations of this sort as obviously there will be cases in which the whole of a document can be easily seen and comprehended and it may appear quite obvious that a party intends to rely upon it all. There will be others in which the documents are so voluminous and so complex that the opposing party is quite obviously entitled to obtain some definition from the plaintiffs of those parts upon which he intends to reply. [Emphasis added.]

Similarly, in *Rule-Bilt Ltd. v. Shenkman Corporation Ltd. et al.* (1977), 18 O.R. (2d) 276 (S.C.), Master Sandler of the Ontario Supreme Court considered whether the question, "On which of your productions do you rely in support of [an allegation in the pleadings] and select them out for identification?" was a proper question. The plaintiff's affidavit on production contained 744 pages with about 10 items per page. Master Sandler referred [at page 281] to the well settled principle that "discovery may be had for the purposes of (a) supporting a party's own case; (b) destroying his opponent's case; (c) finding out what case the party examining has to meet and the facts relied on in support of that case for the purpose of limiting the generality of the pleadings and finding what the issues are so as to meet that case, and to avoid being taken by surprise at the trial; (d) obtain admissions, and (e) limiting the issues." "Keeping in mind the number and complexity of the plaintiff's productions in this case", and based on the following reasoning [at page 282] he held in favour of the defendant:

The plaintiff in this case, in preparing its affidavit on production, had to decide which of its documents related to any of the matters in question in the action, under Rule 347 [am. O.Reg. 569/75, s. 4]. The plaintiff is far more familiar with its productions and why they were produced and their significance, than the defendant. In order for the defendant to accomplish the various purposes of discovery, as above set out, it must have the plaintiff select out, isolate and identify all its productions relating to the various issues in this law suit, the allegations in the pleadings and the various events in the complex history of the dealings between the plaintiff and the defendant.

[TRADUCTION] Bien qu'il existe peu, si tant est qu'il en existe, de décisions sur ce point, les tribunaux ont, à mon avis, habituellement statué sur ce genre de questions en tenant compte de l'importance et de la complexité des documents sur lesquels on voulait interroger les parties. Nous ne disposons d'aucun critère susceptible d'application universelle dans de tels cas. En effet, il peut fort bien se produire qu'un document puisse facilement être consulté et compris en entier et qu'il apparaisse clairement qu'une partie ait l'intention de l'invoquer sans sa totalité. Mais il pourra aussi arriver que des documents soient si volumineux et complexes que la partie adverse aura incontestablement le droit d'obtenir de la demanderesse certaines indications sur les parties dont elle entend se servir. [C'est moi qui souligne.]

De la même façon, le protonotaire Sandler de la Cour suprême de l'Ontario devait déterminer, dans l'affaire *Rule-Bilt Ltd. v. Shenkman Corporation Ltd. et al.* (1977), 18 O.R. (2d) 276 (C.S.), si la question [TRADUCTION] «Pourriez-vous indiquer lesquels des documents que vous avez produits vous avez l'intention d'invoquer à l'appui [d'une allégation contenue dans les plaidoiries] et les identifier?» pouvait être valablement posée. L'affidavit accompagnant les documents produits par la demanderesse comptait sept cent quarante-quatre pages contenant chacune dix éléments. Le protonotaire a fait mention [à la page 281] du principe bien établi voulant qu'on puisse procéder à un interrogatoire préalable pour a) étayer ses propres arguments; b) réfuter ceux de la partie adverse; c) découvrir à quels arguments la partie qui interroge est confrontée et les faits qui sous-tendent ceux-ci afin de préciser les allégations générales des plaidoiries et de découvrir les questions de façon à pouvoir y faire face et à ne pas être pris par surprise au procès; d) obtenir des aveux et e) limiter les questions. Le protonotaire a rendu une décision favorable à la défenderesse, soulignant le nombre et la complexité des documents produits par la demanderesse et se fondant sur le raisonnement suivant [à la page 282]:

[TRADUCTION] En l'espèce, lorsque la demanderesse a préparé l'affidavit accompagnant les documents produits, elle a dû décider, sous le régime de la Règle 347 (modifiée par O. Reg. 569/75, art. 4) lesquels de ces documents concernaient l'un ou l'autre des points en litige. La demanderesse connaît beaucoup mieux que la défenderesse les documents qu'elle a produits et est beaucoup plus au courant des motifs fondant leur production et de leur importance. Pour que la défenderesse puisse réaliser les différents objectifs d'un interrogatoire préalable énoncés ci-haut, elle doit amener la demanderesse à relever, isoler et identifier tout ce qui, dans les documents produits, concerne les différentes questions en litige, les allégations con-

While it is true that it is improper to ask on discovery, “On what evidence do you rely in support of your allegations?”, the line of demarcation between disclosure of fact and evidence is often hazy, and when in doubt, the resolution must be in favour of fact disclosure. The selection, identification and isolation of a party’s own productions as to the various allegations, issues, and events, in the litigation, is more in the nature of fact disclosure than evidence disclosure. [Emphasis added.]

Finally, in *Beloit Canada Ltée/Ltd. et al. v. Valmet OY* (1981), 60 C.P.R. (2d) 145 (F.C.T.D.), Walsh J., at page 155, stated that “while up to a point documents produced speak for themselves it is not unreasonable for plaintiffs to ask the significance of some of these” and, at page 156, “Introduction of documents without provision as to what portions of them are actually being relied is not desirable.” At the risk of lengthening discovery, he held that the questions should be answered. He re-affirmed, however, at page 149, that although the *Federal Court Rules* for discovery are very broad, the opposing party is not required “to disclose on discovery all the evidence on which it will rely at the trial, but only information within the knowledge or means of knowledge of the party being examined.”

Here, we are dealing with a significant question concerning the constitutional validity of certain provisions of the *Old Age Security Act*. Clearly, the documents produced by the defendant to support its position are voluminous and, in this instance, it is appropriate that the defendant give the plaintiffs some definition of those parts upon which she intends to rely. In *Can-Air*, Côté J.A., at page 261, admitted that the distinction between facts and evidence is sometimes blurred, but he criticized the reasoning in *Leliever* on the basis that “a sometimes-blurred line is still a line.” However, in keeping with the concerns expressed by Walsh J. in *Ethicon Inc. et al. v. Cyanamid of Canada Ltd.* (1977), 35 C.P.R. (2d) 126 (F.C.T.D.), at page 133, that “despite the adversary system the Rules of Court should never be

tenues dans les plaidoiries et les divers événements qui se sont produits au cours des relations complexes qu’entretenaient les parties.

Certes, on ne saurait demander au cours d’un interrogatoire préalable «Sur quels éléments de preuve reposent vos allégations». Mais la ligne séparant la divulgation de faits de la communication d’éléments de preuve est souvent floue. En cas de doute, il faut privilégier la divulgation factuelle. Le fait, pour une partie, de relever, d’isoler et d’identifier des éléments des documents qu’elle a produits et qui ont trait aux diverses allégations et questions et aux divers événements en cause relève davantage de la divulgation de faits que de la communication d’éléments de preuve. [C’est moi qui souligne.]

En dernier lieu, le juge Walsh [à la page 155] a fait les commentaires suivants dans l’affaire *Beloit Canada Ltée/Ltd. et autre c. Valmet OY* (1981), 60 C.P.R. (2d) 145 (C.F. 1^{re} inst.): «[b]ien que jusqu’à un certain point les documents produits se passent de commentaires, il n’est pas déraisonnable pour les demanderessees de se renseigner sur l’importance de quelques-uns d’entre eux» et [à la page 156] «[i]ntroduire des documents sans préciser quelles parties de ces documents sont réellement invoquées n’est pas souhaitable». Il a jugé, au risque d’allonger l’interrogatoire préalable, qu’il fallait répondre aux questions. Toutefois, il a réaffirmé [à la page 149] qu’en dépit de la portée très générale des *Règles de la Cour fédérale* relatives à cette procédure, la partie adverse n’est pas tenue de «révéler à l’interrogatoire tous les éléments de preuve sur lesquels elle s’appuiera à l’instruction, mais uniquement des renseignements que la partie qu’on interroge connaît ou a les moyens de connaître».

La présente action porte sur l’importante question de la validité constitutionnelle de certaines dispositions de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*. Il ne fait pas de doute que la défenderesse a produit, au soutien de sa position, une documentation volumineuse et, qu’en l’espèce, il convient qu’elle donne des indications aux demanderessees concernant les éléments qu’elle a l’intention d’utiliser. Dans l’affaire *Can-Air*, le juge Côté, J.C.A., a convenu, à la page 261, que la ligne de démarcation entre les faits et les preuves manquait quelquefois de précision, mais il a critiqué le raisonnement suivi dans l’affaire *Leliever*, faisant observer qu’une [TRADUCTION] «ligne manquant quelquefois de précision demeure tout de même une ligne». Toutefois, partageant les préoccupations exprimées par le juge Walsh dans *Ethicon*

so applied, when the Court has discretion in connection with their application, as to prevent the Court from having full access to all information which is relevant and pertinent to enable it to arrive at a just decision”, the applicants here should be given an opportunity to rephrase their “reliance” questions so as to conform with the examples proposed by Côté J.A. in *Can-Air*.

I will allow the plaintiffs’ request to the extent that the plaintiffs are able to properly rephrase the questions in categories (a) and (b). However, Côté J.A. in *Can-Air* also observed, at page 261, that it was impossible to swear which facts support a denial because “[i]t is logically impossible to give particulars of a negative, such as an event which never occurred.” On this basis, I am of the opinion that questions 8 and 11 are offensive and need not be answered by the defendant. As well, for the reasons set out in *Can-Air*, question 20 and the questions in category (c) are inappropriate and need not be answered. Question 12 [category (e)] is also inappropriate on this basis and for the further reason that it seeks to have the defendant’s officer explain his disagreement with an observation made by someone not a party to the action. Finally it is my opinion that question 4 [category (d)] has been sufficiently answered by the defendant in the particulars.

Rule 465(19)—Order for Further Discovery

The plaintiffs’ request for an order for further discovery under Rule 465(19) should be denied. In *Imperial Marine Industries Ltd. v. Fireman’s Fund Insurance Co.*, [1977] 1 F.C. 747 (T.D.), at page 748, Mahoney J. observed that the wording of Rule 465(19) is “strong language” and that “[t]he party seeking further examination for discovery must establish that it does so for ‘special reason in an exceptional case’ before the Court is called upon to exercise its discretion.” While Heald J.A. held in

Inc. et autre c. Cyanamid du Canada Ltée (1977), 35 C.P.R. (2d) 126 (C.F. 1^{re} inst.) à la page 133, selon lesquelles «malgré la procédure contradictoire, l’application des règles de la Cour ne devrait jamais, lorsqu’elle est laissée à la discrétion de la Cour, empêcher celle-ci d’avoir accès à tous les renseignements pertinents pour pouvoir rendre une décision juste et équitable», j’estime que les requérantes en l’espèce devraient avoir la possibilité de reformuler leurs questions relatives au fondement de la défense, conformément aux exemples proposés par le juge Côté, J.C.A., dans l’affaire *Can-Air*.

J’accueille la requête des demanderesse dans la mesure où ces dernières pourront reformuler correctement les questions des catégories a) et b). Toutefois, le juge Côté, J.C.A., a également signalé, dans la décision *Can-Air*, qu’il était impossible d’identifier sous serment des faits étayant une dénégation parce que [TRADUCTION] «la fourniture de détails concernant une négation, tel un événement qui ne s’est pas produit, relève d’une impossibilité logique». En conséquence, j’estime que les questions 8 et 11 sont dérogatoires et que la défenderesse n’a pas à y répondre. Je considère aussi, pour les motifs exprimés dans l’affaire *Can-Air*, que la question 20 et les questions de la catégorie c) sont inopportunes et qu’il n’est pas nécessaire d’y répondre. Pour les mêmes raisons et parce qu’elle vise à obtenir du représentant de la défenderesse qu’il explique en quoi il diffère d’opinion avec un tiers, je conclus que la question 12 [la catégorie e)] laisse aussi à désirer. En dernier lieu, je suis d’avis que les détails fournis par la défenderesse constituent une réponse satisfaisante à la question 4 [catégorie d)].

Règle 465(19)—Ordonnance prescrivant un nouvel interrogatoire préalable

Il me faut rejeter la requête des demanderesse visant l’obtention d’un nouvel interrogatoire préalable en application de la Règle 465(19). Dans *Imperial Marine Industries Ltd. c. Fireman’s Fund Insurance Co.*, [1977] 1 C.F. 747 (1^{re} inst.), le juge Mahoney signale, à la page 748, que la Règle 465(19) est rédigée dans un «langage énergique» et que «[l]a personne qui désire procéder à un nouvel interrogatoire au préalable, doit établir qu’elle le fait pour «des raisons spéciales, mais exceptionnellement» avant que

Johnson (S.C.) and Son Ltd. v. Pic Corp. et al. (1975), 19 C.P.R. (2d) 26 (F.C.T.D.), at page 28, that the written requests for particulars and the replies thereunder “must, of necessity be incorporated into and become a part of the pleadings in the action”, the defendant’s reply to the demand for particulars in this instance has not raised new issues such that a further examination for discovery is warranted.

Cattanach J. noted in *Geo Vann, Inc. v. N.L. Industries, Inc.* (1984), 1 C.P.R. (3d) 277 (F.C.T.D.), at page 278, that “while para. (19) of Rule 465 does permit the court for special reason and in an exceptional circumstance in its discretion to so order [for the examination for discovery] it is a provision infrequently used.” While, in *Sperry McNair J.* determined, at page 9, that on the facts of that case the “balance of probability weighs in favour of a further examination of someone knowledgeable” and, at page 10, that “the ends of justice would be better served” in that case by requiring the plaintiff to produce its officer for further examination for discovery under Rule 465(19), here, in the light of the delay in requesting particulars, the extensive discovery that has taken place to date, and my conclusion that no new issues have been raised in the particulars, I find that the plaintiffs have not made out special reasons to warrant this exceptional remedy.

CONCLUSION:

The matter is therefore disposed of on the basis stated herein and I would invite counsel to prepare an order for my signature in accordance with these reasons. Costs in the cause.

la Cour puisse exercer son pouvoir discrétionnaire». Certes, le juge Heald, J.C.A., a affirmé dans *Johnson (S.C.) and Son Ltd. c. Pic Corp. et autre* (1975), 19 C.P.R. (2d) 26 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 28, que «ladite règle vise nécessairement à incorporer et à intégrer aux conclusions du procès» la requête écrite demandant des détails et la réponse qui en découle. En l’espèce, toutefois, la réponse que la défenderesse a fournie à la requête pour détails n’a soulevé aucune nouvelle question. Il n’est donc pas justifié de tenir un nouvel interrogatoire préalable.

Dans *Geo Vann, Inc. c. N.L. Industries, Inc.* (1984), 1 C.P.R. (3d) 277 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Cattanach fait remarquer, à la page 278, que «bien que le paragraphe 19 de la Règle 465 permette à la Cour pour un motif spécial et dans des circonstances exceptionnelles d’ordonner en ce sens [un nouvel interrogatoire préalable] si elle le désire, cette disposition est rarement invoquée». Dans la décision *Sperry*, le juge McNair avait conclu [à la page 9] que, compte tenu des faits, «la prépondérance des probabilités pench[ait] pour un autre examen d’une personne bien informée» et que [à la page 10] «les fins de la justice seraient mieux desservies» s’il ordonnait que le représentant de la demanderesse compareisse pour un nouvel interrogatoire préalable conformément à la Règle 465(19). En l’espèce toutefois, vu le temps que les demandereses ont pris pour demander les détails, l’interrogatoire poussé qui a eu lieu et ma conclusion selon laquelle les détails fournis n’ont soulevé aucune autre question, j’estime que ces dernières n’ont pas établi l’existence de circonstances spéciales justifiant ce recours extraordinaire.

CONCLUSION:

En conséquence, je décide des requêtes sur la base des présents motifs et j’invite les avocats à me soumettre, pour signature, un projet d’ordonnance conforme à ces motifs. Dépens à suivre.

T-163-91

T-163-91

Mahadri Jaipaul Singh (Applicant)**Mahadri Jaipaul Singh (requérante)**

v.

c.

The Minister of Employment and Immigration (Respondent)**Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration (intimé)****INDEXED AS: SINGH v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T.D.)****RÉPERTORIÉ: SINGH c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)**

Trial Division, Jerome A.C.J.—Toronto, January 28; Ottawa, July 3, 1991.

Section de première instance, juge en chef adjoint Jerome—Toronto, 28 janvier; Ottawa, 3 juillet 1991.

Immigration — Practice — Applicant seeking to raise preliminary jurisdictional issue at commencement of Immigration Act, s. 46 inquiry — Decision to proceed with inquiry before deciding constitutional issue based on Immigration Regulations, s. 34 power to permit evidence to be adduced in manner adjudicator deeming appropriate having regard to all circumstances — Decision procedural, within Tribunal's competence and not subject to s. 18 review — Outside Tribunal's jurisdiction to declare Immigration Act, ss. 46 et seq. unconstitutional — Appropriate to proceed to full factual determination necessary to discharge mandate under Immigration Act.

Immigration — Pratique — La requérante cherche à soulever une question préliminaire de compétence au commencement d'une audience fondée sur l'art. 46 de la Loi sur l'immigration — Décision de procéder à l'enquête avant de trancher la question constitutionnelle fondée sur l'art. 34 du Règlement qui autorise la production de preuves de la manière que l'arbitre juge convenable eu égard à toutes les circonstances — Décision procédurale ressortissant au tribunal et non soumise au contrôle judiciaire prévu à l'art. 18 — Le tribunal n'a pas la compétence voulue pour déclarer inconstitutionnels les art. 46 et suiv. de la Loi sur l'immigration — Le tribunal doit procéder à toute l'analyse factuelle qui lui permettra de s'acquitter de son mandat en vertu de la Loi sur l'immigration.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Preliminary jurisdictional issue raised at commencement of Immigration Act, s. 46 inquiry — Alleging unreasonable delay in processing Convention refugee claim violation of Charter, s. 7 right to fair hearing — Tribunal deciding to continue inquiry — In Askov S.C.C. setting out factors to be considered in deciding whether breach of Charter, s. 11(b) (right to trial within reasonable time) and indicating six-to-eight month delay generally acceptable — Charter infringement not simply question of delay or of right to fair trial — Each case considered in light of all factors (including explanation for delay and prejudice to applicant) set out in Askov — Constitutional issues not to be decided in factual vacuum.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Question préliminaire de compétence soulevée au commencement d'une audience fondée sur l'art. 46 de la Loi sur l'immigration — Allégation que le délai abusif à traiter de la demande de statut de réfugié viole le droit à un procès équitable reconnu à l'art. 7 — Décision de continuer l'enquête — Dans Askov, la C.S.C. a énoncé les facteurs dont il faut tenir compte pour décider s'il y a eu violation de l'art. 11(b) de la Charte (droit d'être jugé dans un délai raisonnable) et indiqué qu'un délai de six à huit mois est généralement acceptable — La violation de la Charte n'est pas simplement une question de délai ou de procès équitable — Chaque cas doit être considéré en fonction de tous les facteurs (y compris l'explication du délai et du préjudice subi par le requérant) énumérés dans Askov — Les questions constitutionnelles ne doivent pas être tranchées sans égard aux faits.

This was an application for leave to commence a proceeding under *Federal Court Act*, section 18 to quash the decision of a Tribunal, consisting of an immigration adjudicator and a member of the Refugee Division of the Immigration and Refugee Board, to proceed with an inquiry under *Immigration Act*, sections 46 *et seq.* prior to receiving evidence on constitutional arguments challenging its jurisdiction to proceed with the hearing. At the commencement of the inquiry, applicant's counsel indicated an intention to establish that the applicant's right to a fair hearing under Charter, section 7 had been violated by the unreasonable delay in processing the Convention refugee claim and that *Immigration Act*, section 46 should not be applied. The decision to proceed with the inquiry and then deal with the

Il s'agit d'une demande d'autorisation d'introduire une instance aux termes de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* en vue de l'annulation de la décision d'un tribunal composé d'un arbitre de l'immigration et d'un membre de la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, indiquant qu'il allait procéder à une enquête en vertu des articles 46 et suivants de la *Loi sur l'immigration* avant de recevoir des éléments de preuve sur des arguments constitutionnels contestant sa compétence de procéder à l'audition. Au début de l'enquête, l'avocate de la requérante a indiqué son intention d'établir qu'il y avait eu violation du droit de la requérante à une audition impartiale reconnu à l'article 7 de la Charte compte tenu du délai déraisonnable qu'il y

constitutional issues was based on an adjudicator's power under *Immigration Regulations, 1978*, section 34 to require or permit evidence to be adduced in such manner as he deems appropriate, having regard to the circumstances. The applicant submitted that the Tribunal had erred in law by refusing to consider preliminary jurisdictional issues and by failing to comply with principles of fundamental justice when it applied section 32. It was argued that section 34 authorized an adjudicator to direct the conduct of the inquiry, not the manner in which a preliminary jurisdictional issue is raised. Because the constitutional issues deal with whether the applicant can have a fair hearing, they must be determined before the Tribunal embarks upon the inquiry. The respondent argued that the applicant had not challenged the constitutional validity of any section of the *Immigration Act* and the decision as to the order in which the evidence would be heard was purely procedural.

Held, the application should be dismissed.

The request to suspend the inquiry was essentially based on *R. v. Askov*, wherein the Supreme Court of Canada set out the factors to be considered in determining whether there has been an infringement of the Charter, paragraph 11(b) right to be tried within a reasonable time. Those factors included the length of and explanation for delay, waiver and prejudice to the accused. Generally, a delay of six to eight months was considered acceptable. Subsequent cases have indicated that infringement is not simply a question of delay or of an accused's right to a fair trial. Each case must be considered in light of all the factors set out in *Askov*.

The decision was not subject to review under *Federal Court Act*, section 18 because it was entirely procedural and within the Tribunal's competence.

The Tribunal was not a court of competent jurisdiction and could not declare *Immigration Act*, sections 46 *et seq.* unconstitutional as contrary to the Charter. In any event, it was appropriate for the Tribunal to proceed to the full factual determination necessary to discharge its mandate under the *Immigration Act*. Constitutional issues cannot be decided in a factual vacuum. The Tribunal must consider whether the delay was attributable to the applicant or solely to the administration of the process at issue, and whether and to what extent the applicant's rights had been prejudiced by the delay. Finally, it is sometimes practical to determine the merits of a case at the same time as the constitutional validity of a provision because a favourable adjudication on the merits may obviate the necessity of a protracted constitutional proceeding.

a eu dans l'examen de sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention, et que l'article 46 de la *Loi sur l'immigration* ne devrait pas recevoir application. La décision de procéder à l'enquête et d'examiner ensuite les questions constitutionnelles était fondée sur le pouvoir que l'article 34 du *Règlement de 1978 sur l'immigration* reconnaît à un arbitre d'exiger ou de permettre que des preuves soient produites à l'enquête de la manière qu'il juge convenable eu égard aux circonstances. La requérante a soutenu que le tribunal avait commis une erreur de droit en refusant d'examiner les questions préliminaires de compétence et en omettant de se conformer aux principes de justice fondamentale quand il a appliqué l'article 32. On a soutenu que l'article 34 autorise l'arbitre à ordonner la tenue de l'enquête et non à ordonner la manière dont une question préliminaire de compétence peut être soulevée. Puisque les questions constitutionnelles touchent la question de savoir si la requérante peut bénéficier d'une audition impartiale, elles doivent être tranchées avant que le tribunal ne procède à l'enquête. L'intimé a affirmé que la requérante n'avait contesté la validité constitutionnelle d'aucun article de la *Loi sur l'immigration* et que la décision quant à l'ordre dans lequel le tribunal entendrait la preuve était de nature purement procédurale.

Jugement: la requête devrait être rejetée.

La demande de suspension de l'enquête est fondée essentiellement sur l'arrêt *R. c. Askov* dans lequel la Cour suprême du Canada a énoncé les facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer s'il y a eu violation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable reconnu à l'alinéa 11(b) de la Charte. Ces facteurs comprennent la longueur du délai et l'explication du délai, la renonciation et le préjudice subi par l'accusé. De façon générale, un délai de six à huit mois a été considéré comme acceptable. Des décisions subséquentes ont indiqué que la violation n'est pas simplement une question de délai ou simplement une question du droit d'un accusé à un procès équitable. Chaque cas doit être analysé en fonction de tous les facteurs énumérés dans l'arrêt *Askov*.

La décision ne peut pas faire l'objet d'une révision en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* parce qu'elle est essentiellement une décision procédurale qui relève entièrement de la compétence du tribunal.

Le tribunal n'est pas un tribunal compétent et ne peut déclarer les articles 46 et suivants de la *Loi sur l'immigration* inconstitutionnels parce que contraires à la Charte. Quoi qu'il en soit, le tribunal doit procéder à toute l'analyse factuelle qui lui permettra de s'acquitter de son mandat en vertu de la *Loi sur l'immigration*. Les questions constitutionnelles ne peuvent pas être tranchées sans égard aux faits. Le tribunal doit examiner si le délai est imputable à la requérante ou seulement à l'administration des procédures en litige, et si et dans quelle mesure ce délai a porté atteinte aux droits de la requérante. Enfin, il est parfois avantageux de se prononcer sur le fond d'une affaire en même temps que sur la validité constitutionnelle d'une disposition parce qu'une décision favorable quant au fond peut parer à la nécessité d'une très longue poursuite d'ordre constitutionnel.

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. a

Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 46, 82.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19). b

Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 34. c

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Union Gas Ltd. v. TransCanada PipeLines Ltd., [1974] 2 F.C. 313 (C.A.); *Novopharm Ltd. v. Wyeth Ltd.* (1986), 26 D.L.R. (4th) 80; 8 C.P.R. (3d) 448; 64 N.R. 144 (F.C.A.); *Zwarich v. Canada (Attorney General)*, [1987] 3 F.C. 253; (1987), 26 Admin. L.R. 295; 87 CLLC 14,053; 31 C.R.R. 244; 82 N.R. 341 (C.A.); *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Borowski*, [1990] 2 F.C. 728; (1990), 32 F.T.R. 205; 10 Imm. L.R. (2d) 115 (T.D.); *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; (1990), 75 O.R. (2d) 673; 74 D.L.R. (4th) 355; 59 C.C.C. (3d) 449; 79 C.R. (3d) 273; 49 C.R.R. 1; 42 O.A.C. 81; *R. v. Fortin* (1990), 75 O.R. (2d) 733 (Gen. Div.); *R. v. Bennett* (1991), 3 O.R. (3d) 193; 64 C.C.C. (3d) 449 (C.A.); *Tétreault-Gadoury v. Canada (Canada Employment and Immigration Commission)*, [1989] 2 F.C. 245; (1988), 53 D.L.R. (4th) 384; 33 Admin. L.R. 244; 23 C.C.E.L. 103; 88 CLLC 14,050; 88 N.R. 6 (C.A.). d

REFERRED TO:

R. v. Mills, [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; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; (1991), 91 CLLC 14,024; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; (1991), 91 CLLC 14,023. e

COUNSEL:

Barbara L. Jackman for applicant.
Kevin Lunney for respondent. f

SOLICITORS:

Jackman, Zambelli & Silcoff, Toronto, for applicant. g

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.

Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 52.

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18.

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 46, 82.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 19).

Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 34. h

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Union Gas Ltd. c. TransCanada PipeLines Ltd., [1974] 2 C.F. 313 (C.A.); *Novopharm Ltd. c. Wyeth Ltd.* (1986), 26 D.L.R. (4th) 80; 8 C.P.R. (3d) 448; 64 N.R. 144 (C.A.F.); *Zwarich c. Canada (Procureur général)*, [1987] 3 C.F. 253; (1987), 26 Admin. L.R. 295; 87 CLLC 14,053; 31 C.R.R. 244; 82 N.R. 341 (C.A.); *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Borowski*, [1990] 2 C.F. 728; (1990), 32 F.T.R. 205; 10 Imm. L.R. (2d) 115 (1^{re} inst.); *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; (1990), 75 O.R. (2d) 673; 74 D.L.R. (4th) 355; 59 C.C.C. (3d) 449; 79 C.R. (3d) 273; 49 C.R.R. 1; 42 O.A.C. 81; *R. v. Fortin* (1990), 75 O.R. (2d) 733 (Div. gén.); *R. v. Bennett* (1991), 3 O.R. (3d) 193; 64 C.C.C. (3d) 449 (C.A.); *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada)*, [1989] 2 C.F. 245; (1988), 53 D.L.R. (4th) 384; 33 Admin. L.R. 244; 23 C.C.E.L. 103; 88 CLLC 14,050; 88 N.R. 6 (C.A.). i

DÉCISIONS CITÉES:

R. c. Mills, [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; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; (1991), 91 CLLC 14,024; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; (1991), 91 CLLC 14,023. j

AVOCATS:

Barbara L. Jackman pour la requérante.
Kevin Lunney pour l'intimé.

PROCUREURS:

Jackman, Zambelli & Silcoff, Toronto, pour la requérante.

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

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

JEROME A.C.J.: This matter came on for hearing at Toronto, Ontario on January 28, 1991. By notice of motion dated January 9, 1991 the applicant seeks an order pursuant to section 82.1 of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19] to commence a proceeding under section 18 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, for:

b LE JUGE EN CHEF ADJOINT JEROME: Cette affaire a été entendue à Toronto (Ontario) le 28 janvier 1991. Par avis de requête, en date du 9 janvier 1991, la requérante cherche à obtenir une ordonnance en vertu de l'article 82.1 de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2 [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 19] aux fins de l'introduction d'une instance aux termes de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap F-7, visant l'obtention:

(a) a writ of *certiorari* to quash the decision of an immigration inquiry tribunal, composed of Mr. W. Renchan, an immigration adjudicator, and Mr. I. Jeffers, a member of the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board, made on December 20, 1990, wherein it was decided to proceed with the inquiry concerning the Applicant, prior to receiving evidence on and considering the constitutional arguments raised as to the tribunal's jurisdiction to proceed with the hearing; and

d [TRADUCTION] a) d'un bref de *certiorari* portant annulation de la décision d'un tribunal d'enquête en matière d'immigration, composé de M. W. Renchan, arbitre de l'Immigration, et de M. I. Jeffers, membre de la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, rendue le 20 décembre 1990, indiquant qu'il allait procéder à l'enquête concernant la requérante, avant de recevoir les éléments de preuve relatifs aux arguments constitutionnels soulevés quant à la compétence du tribunal de procéder à l'audition; et

(b) a writ of *mandamus* directing the tribunal to receive evidence put forward by the Applicant and to hear argument put forward by the Applicant as to the tribunal's jurisdiction to hold an inquiry prior to proceeding with the inquiry concerning the Applicant.

e b) d'un bref de *mandamus* ordonnant au tribunal de recevoir les éléments de preuve présentés par la requérante et d'entendre l'argument de celle-ci quant à la compétence du tribunal de procéder à une enquête avant la tenue même de l'enquête sur la requérante.

On January 16, 1991 the applicant applied for an order permitting her to make oral submissions in support of her application. On February 12, 1991 at Toronto, Ontario, I dismissed the applications for reasons given orally from the Bench and indicated that these written reasons would follow.

f Le 16 janvier 1991, la requérante a demandé que soit rendue une ordonnance qui lui permettrait de présenter des observations orales à l'appui de sa requête. Le 12 février 1991 à Toronto (Ontario), j'ai rejeté les demandes pour les motifs prononcés à l'audience et j'ai indiqué que ces motifs écrits seraient rendus plus tard.

FACTS

The facts as set out in the affidavit of Toni Schweitzer, sworn January 15, 1991, are not in dispute. The applicant is the subject of an immigration inquiry commenced on November 29, 1990 before an Immigration Adjudicator, Mr. W. Renchan, and a member of the Refugee Division (Backlog) of the Immigration and Refugee Board, Mr. I. Jeffers (the "Tribunal"). At the outset of the hearing, counsel for the applicant indicated to the Tribunal that she intended to raise a preliminary jurisdictional argument under section 52 of the *Constitution Act, 1982*

LES FAITS

h Les faits exposés dans l'affidavit de Toni Schweitzer, portant la date du 15 janvier 1991, ne sont pas contestés. La requérante fait l'objet d'une enquête en matière d'immigration, commencée le 29 novembre 1990 devant un arbitre de l'Immigration, M. W. Renchan, et un membre de la Section du statut de réfugié (élimination de l'arriéré) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, M. I. Jeffers (le «tribunal»). Au début de l'audition, l'avocate de la requérante a indiqué au tribunal qu'elle avait l'intention de soulever, en vertu de l'ar-

[Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. She outlined the nature of her argument and the evidence to be presented to establish that the applicant's rights under section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] had been violated by the unreasonable delay in processing her Convention refugee claim and that section 46 and related provisions of the *Immigration Act* should not be applied because her right to a fair hearing has been prejudiced presumptively and actually through the delay.

When the hearing resumed on December 20, 1990, the Adjudicator indicated that the Tribunal would proceed with the immigration inquiry and then deal with the constitutional issues raised by the applicant. His reasons, to the best of the recollection of the deponent, were *inter alia* that subsection 34(1) of the *Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172, provides that "the adjudicator may require or permit evidence to be adduced at an inquiry in such manner as he deems appropriate having regard to all the circumstances of the case" and that, since the applicant's evidence is important, she must testify first on the matters raised in subsection 46(1) of the *Immigration Act* and the evidence and arguments on the constitutional issues would be considered only after the full hearing under section 46 is complete. The inquiry was adjourned and scheduled to resume February 26, 1991.

The applicant now states that the Tribunal has erred in law: (a) in refusing to consider the preliminary jurisdiction issues raised by the applicant under section 52 of the *Constitution Act, 1982* before proceeding with the applicant's inquiry under the *Immigration Act*; and (b) when it failed to comply with the principles of fundamental justice and of natural justice when it applied subsection 34(1) of the Regula-

ticle 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], un argument préliminaire quant à la compétence. Elle a indiqué la nature de son argument et des éléments de preuve devant être présentés afin d'établir d'une part, qu'il y a eu violation des droits de la requérante reconnus à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] compte tenu du délai déraisonnable qu'il y a eu dans l'examen de sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention et, d'autre part, que l'article 46 et les dispositions connexes de la *Loi sur l'immigration* ne devaient pas recevoir application parce que son droit à une audition impartiale a présumément et réellement été violé du fait de ce délai.

À la reprise de l'audition le 20 décembre 1990, l'arbitre a indiqué que le tribunal procéderait à l'enquête en matière d'immigration et examinerait ensuite les questions constitutionnelles soulevées par la requérante. Au meilleur de la connaissance du déposant, l'arbitre aurait notamment indiqué qu'en vertu du paragraphe 34(1) du *Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172, «l'arbitre peut exiger que des preuves soient produites à l'enquête ou permettent qu'elles le soient de la manière qu'il juge convenable eu égard à toutes les circonstances entourant le cas», que, compte tenu de l'importance des éléments de preuve de la requérante, celle-ci doit tout d'abord témoigner relativement aux questions soulevées en vertu du paragraphe 46(1) de la *Loi sur l'immigration* et que les éléments de preuve et les arguments concernant les questions constitutionnelles ne seraient examinés qu'après l'audition prévue à l'article 46. L'enquête fut ajournée et devait être reprise le 26 février 1991.

La requérante soutient maintenant que le tribunal a commis une erreur de droit: a) en refusant d'examiner les questions préliminaires de compétence soulevées par la requérante en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* avant de procéder à l'enquête concernant la requérante en vertu de la *Loi sur l'immigration*; et b) en omettant de se conformer aux principes de justice fondamentale et de justice

tions to determine that it would proceed with the applicant's inquiry before receiving evidence and considering arguments arising under section 52 of the *Constitution Act, 1982* as to its jurisdiction to proceed with the inquiry.

LEAVE

A good deal of argument was directed by both counsel to the question of leave. It is the respondent's contention that no proceeding of this nature can be commenced without leave pursuant to subsection 82.1(1) of the *Immigration Act* and that it must be done in the ordinary way by written application. The applicant's position is that since this is not a review of an immigration decision as such, but a constitutional attack, leave is not required. I consider the question to be somewhat academic. It is inconceivable to me that leave would be denied for an application that raises, as this does, substantial constitutional questions and accordingly, I deferred the question of leave until I heard full argument and for the reasons that follow, consider it unnecessary to decide that issue.

APPLICANT'S ARGUMENT

The applicant submits that section 34 of the Regulations simply authorizes the adjudicator to direct the conduct of the inquiry and does not authorize him to direct the manner in which a preliminary jurisdictional matter or motion under section 52 of the *Constitution Act, 1982* is raised. Because these constitutional issues deal directly with the issue of whether she can have a fair hearing, they must be determined by the Tribunal before it embarks upon the inquiry which it is otherwise mandated by statute to hold. The constitutionality of section 46 and related provisions of the *Immigration Act* must, therefore, be resolved prior to their application and the applicant submits that the Adjudicator's failure to address these preliminary issues amounts to a refusal to exercise jurisdiction and an excess of jurisdiction. In the alternative, the applicant states that her submissions

naturelle quand il a appliqué le paragraphe 34(1) du Règlement pour conclure qu'il procéderait à l'enquête concernant la requérante avant de recevoir les éléments de preuve et d'examiner les arguments soulevés en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* quant à sa compétence de procéder à l'enquête.

AUTORISATION

Les deux avocats ont fait porter une bonne partie de leur plaidoirie sur la question de l'autorisation. L'intimé prétend qu'une instance de cette nature ne peut être introduite sans autorisation en vertu du paragraphe 82.1(1) de la *Loi sur l'immigration* et qu'elle doit être introduite de la manière ordinaire par requête écrite. Selon la requérante, puisqu'il ne s'agit pas d'une révision d'une décision en matière d'immigration, mais bien d'une contestation constitutionnelle, elle n'a pas à obtenir une autorisation. J'estime que cette question est quelque peu théorique. À mon avis, il est inconcevable qu'une autorisation serait refusée dans le cas d'une demande qui soulève, comme en l'espèce, d'importantes questions constitutionnelles et, par conséquent, je diffère mon jugement sur la question d'autorisation jusqu'à ce que j'aie entendu tous les arguments et, pour les motifs exposés ci-après, j'estime inutile de trancher cette question.

LES ARGUMENTS DE LA REQUÉRANTE

La requérante soutient que l'article 34 du Règlement autorise simplement l'arbitre à ordonner la tenue de l'enquête et qu'il ne l'autorise pas à ordonner la manière dont une question préliminaire de compétence ou une demande fondée sur l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* peut être soulevée. À son avis, puisque ces questions constitutionnelles touchent directement la question de savoir si elle peut bénéficier d'une audience impartiale, elles doivent être tranchées par le tribunal avant qu'il ne procède à l'enquête que le texte législatif l'autorise par ailleurs à tenir. On doit donc trancher la constitutionnalité de l'article 46 et des dispositions connexes de la *Loi sur l'immigration* avant de les appliquer; selon la requérante, cette omission par l'arbitre de procéder à l'examen de ces questions préliminaires équivaut à un refus d'exercice de sa compétence et à un excès de

involve questions of natural justice and jurisdiction at common law arising under the *Immigration Act* itself.

compétence. Subsidiairement, la requérante affirme que ses allégations touchent des questions de justice naturelle et de compétence en common law, qui découlent de la *Loi sur l'immigration* elle-même.

a

RESPONDENT'S ARGUMENT

The respondent states that the applicant has not challenged the constitutional validity of any particular section of the *Immigration Act* and that the decision which the applicant seeks to review is purely procedural in nature in that the Adjudicator merely decided the order in which the Tribunal would hear evidence. This decision was made on a discretionary basis within the Adjudicator's authority under subsection 34(1) of the Regulations. Because the materials filed by the applicant fail to demonstrate that the Tribunal has violated a rule of natural justice in choosing to proceed as it did, the applicant has failed to demonstrate that there is a serious issue or arguable case.

LES ARGUMENTS DE L'INTIMÉ

b

L'intimé affirme que la requérante n'a contesté la validité constitutionnelle d'aucun article particulier de la *Loi sur l'immigration* et que la décision dont la requérante cherche à obtenir révision est de nature purement procédurale puisque l'arbitre a simplement décidé dans quel ordre le tribunal entendrait la preuve. Il s'agit là d'une décision relevant du pouvoir discrétionnaire de l'arbitre en vertu du paragraphe 34(1) du Règlement. Puisque les documents présentés par la requérante ne permettent pas de démontrer que le tribunal a violé une règle de justice naturelle en choisissant de procéder comme il l'a fait, la requérante n'a pas établi l'existence d'une question importante ou d'une demande qui a des chances de réussir.

c

d

e

f

The respondent further submits that *mandamus* should not issue. The applicant has failed to show that she specifically demanded that the Tribunal address itself to the constitutional issues prior to considering matters under section 46 of the *Immigration Act* and that the Tribunal has refused to consider the constitutional issues which she has raised. Rather, the materials show that the Tribunal will in fact consider these issues once it has heard the applicant's evidence bearing upon the allegations in the immigration officer's report, the applicant's eligibility to claim Convention refugee status, and the question of whether there is a credible basis to her claim. The applicant has also failed to show that the Tribunal has violated any rule of natural justice or committed any error sufficient to warrant the issuance of *certiorari*.

L'intimé prétend aussi que le bref de *mandamus* ne devrait pas être délivré. La requérante n'a pas réussi à établir qu'elle a spécifiquement demandé que le tribunal aborde les questions constitutionnelles avant de procéder à l'examen des questions en vertu de l'article 46 de la *Loi sur l'immigration*, et que le tribunal a refusé de se pencher sur les questions constitutionnelles qu'elle a soulevées. Les documents indiquent plutôt que le tribunal se penchera en fait sur ces questions lorsqu'il aura entendu la preuve de la requérante quant aux allégations contenues dans le rapport de l'agent d'immigration, à la recevabilité de la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention, présentée par la requérante et à la question de savoir si la revendication possède un minimum de fondement. La requérante n'a pas non plus réussi à démontrer que le tribunal a violé une règle de justice naturelle ou a commis une erreur suffisamment grave pour justifier la délivrance d'un bref de *certiorari*.

g

h

i

j

RELEVANT STATUTORY PROVISIONS

The statutory provisions relevant to this application are section 82.1 of the *Immigration Act* and section 34 of the Regulations:

82.1 (1) An application or other proceeding may be commenced under section 18 or 28 of the *Federal Court Act* with respect to any decision or order made, or any other matter arising, under this Act or the rules or regulations only with leave of a judge of the Federal Court—Trial Division or Federal Court of Appeal, as the case may be.

(4) Unless a judge of the appropriate Court directs otherwise, an application under this section for leave to commence a proceeding shall be disposed of without personal appearance.

34. (1) Notwithstanding the requirements of sections 31 to 33, the adjudicator may require or permit evidence to be adduced at an inquiry in such manner as he deems appropriate having regard to all the circumstances of the case including the burden of proof and presumption referred to in subsections 8(1) and (2) of the Act.

ANALYSIS

At issue here is a request by counsel for the applicant to suspend an immigration inquiry for the purpose of presenting an argument essentially based on the recent unanimous decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199. This decision has triggered a great number of withdrawals or applications for stay of proceedings in criminal proceedings throughout Canada, particularly in Ontario and, particularly in Peel District. In *Askov*, the Court considered the issue of what constitutes an unreasonable delay of the trial of a person charged with an offence, contrary to paragraph 11(b) of the Charter. Cory J., for the majority concurring opinion, set out the following factors (at pages 1231-1232) to be considered in determining whether or not there has been an infringement of the paragraph 11(b) right to be tried within a reasonable time:

- (i) the length of the delay;
- (ii) explanation for the delay;
 - (a) the conduct of the Crown;

LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES

Les dispositions législatives pertinentes sont l'article 82.1 de la *Loi sur l'immigration* et l'article 34 du Règlement:

82.1 (1) L'introduction d'une instance aux termes des articles 18 ou 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* ne peut, pour ce qui est des décisions ou ordonnances rendues ou mesures prises dans le cadre de la présente loi ou de ses textes d'application—règlements ou règles—ou de toute question soulevée dans ce cadre, se faire qu'avec l'autorisation d'un juge de la Section de première instance de la Cour fédérale ou de la Cour d'appel fédérale, selon le cas.

(4) Sauf ordre contraire d'un juge du tribunal compétent, il est statué sur la demande d'autorisation sans comparution en personne.

34. (1) Par dérogation aux articles 31 à 33, l'arbitre peut exiger que des preuves soient produites à l'enquête ou permettre qu'elles le soient de la manière qu'il juge convenable eu égard à toutes les circonstances entourant le cas, notamment le fardeau de la preuve et la présomption visés aux paragraphes 8(1) et (2) de la Loi.

ANALYSE

Il s'agit en l'espèce de statuer sur une demande de suspension de l'enquête d'immigration, présentée par l'avocat de la requérante pour que celui-ci puisse présenter un argument fondé essentiellement sur l'arrêt unanime récent de la Cour suprême du Canada *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199. Cet arrêt a donné lieu à un grand nombre de désistements ou de demandes d'arrêt des procédures en matière criminelle dans tout le Canada, notamment en Ontario, plus particulièrement dans le district de Peel. Dans l'arrêt *Askov*, la Cour suprême a examiné la question de ce qui constitue un délai déraisonnable pour la tenue du procès d'un accusé, qui contrevient à l'alinéa 11b) de la Charte. Le juge Cory, exprimant l'opinion concordante d'une majorité de juges, énonce les facteurs suivants (aux pages 1231 et 1232) dont il faut tenir compte pour déterminer s'il y a eu violation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable, prévu à l'alinéa 11b):

- (i) la longueur du délai;
- (ii) l'explication du délai;
 - a) les délais imputables au ministère public;

- (b) systemic or institutional delays;
- (c) the conduct of the accused;
- (iii) waiver;
- (iv) prejudice to the accused.

He acknowledged [at page 1219] that “the primary aim of s. 11(b) is the protection of the individual’s rights and the provision of fundamental justice for the accused”, however, he determined that there is “at least by inference, a community or societal interest implicit in s. 11(b)” and that it had a dual dimension [at pages 1219-1220]:

First, there is a collective interest in ensuring that those who transgress the law are brought to trial and dealt with according to the law. Secondly, those individuals on trial must be treated fairly and justly.

With reference to the reasoning of Lamer J. [as he then was] in *R. v. Mills*, [1986] 1 S.C.R. 863, Cory J. concluded (at page 1222) that an “inferred societal interest should be considered in conjunction with the main and primary concept of the protection of the individual’s right to fundamental justice”.

Subsequently, Trainor J. of the Ontario Court of Justice (General Division), in *R. v. Fortin* (1990), 75 O.R. (2d) 733, examined the consequences of *Askov* and concluded that the six-to-eight-month general limitation period in *Askov* did not apply to Provincial Court trials or preliminary hearings. His position was based on the fact that the Supreme Court of Canada had not stated that the Provincial Court was subject to the delay restriction even though it was clearly aware of the lengthy delays and the dramatic effect such a limitation period would have on the Provincial Court backlog and the fact that the Court had stated that *Askov* applications will be “infrequently granted”.

On May 31, 1991, the Ontario Court of Appeal released a number of decisions concerning *Askov* applications and the right to be tried within a reasonable time under paragraph 11(b) of the Charter. In *R. v. Bennett* (1991), 3 O.R. (3d) 193 (C.A.), the Court allowed an appeal from a stay of proceedings based on its findings that the Trial Judge had erred in concluding, without sufficient regard to any other factors prescribed by the Supreme Court of Canada in *Askov*, that eight months to find a trial date in Provincial

- b) les délais systémiques ou institutionnels;
- c) les délais imputables à l’accusé;
- (iii) la renonciation;
- (iv) le préjudice subi par l’accusé.

Il a reconnu [à la page 1219] que «[B]ien que le but premier de l’al. 11b) soit la protection des droits individuels et la prestation de la justice fondamentale aux accusés», il a cependant conclu qu’«il comporte aussi implicitement [. . .] un droit collectif ou social» et que ce droit collectif a un double aspect [aux pages 1219 et 1220]:

Premièrement, la société a un intérêt à s’assurer que ceux qui transgressent la loi soient traduits en justice et traités selon la loi. Deuxièmement, les personnes appelées à subir leur procès doivent être traitées avec justice et équité.

En ce qui concerne le raisonnement du juge Lamer [alors juge puîné] dans l’arrêt *R. c. Mills*, [1986] 1 R.C.S. 863, le juge Cory conclut (à la page 1222) «qu’il faut tenir compte de l’intérêt implicite de la société en plus de l’intérêt primordial qui consiste à protéger le droit de l’individu à la justice fondamentale».

Par la suite, dans *R. v. Fortin* (1990), 75 O.R. (2d) 733, le juge Trainor de la Cour de justice de l’Ontario (Division générale) a analysé les conséquences de l’arrêt *Askov* et a conclu que le délai général de six à huit mois mentionné dans *Askov* ne s’appliquait pas aux procès en Cour provinciale ou aux enquêtes préliminaires. Son raisonnement repose d’une part, sur le fait que la Cour suprême du Canada n’a pas dit que la Cour provinciale était assujettie à ce délai même si elle était manifestement consciente des longs retards et de l’incidence dramatique que ce délai aurait sur l’arriéré de la Cour provinciale et, d’autre part, sur le fait que la Cour suprême a précisé que les demandes de type *Askov* seront «accordée[s] peu souvent».

Le 31 mai 1991, la Cour d’appel de l’Ontario a rendu un certain nombre de décisions relativement à des demandes de type *Askov* et au droit d’être jugé dans un délai raisonnable en vertu de l’alinéa 11b) de la Charte. Dans *R. v. Bennett* (1991), 3 O.R. (3d) 193 (C.A.), la Cour a accueilli un appel relativement à un arrêt des procédures en se fondant sur les conclusions que le juge du procès avait commis une erreur en concluant, sans suffisamment tenir compte des autres facteurs mentionnés par la Cour suprême du Canada

Court was unreasonable. Arbour J.A., suggested that the granting of a judicial stay of proceedings because of an infringement of paragraph 11(b) of the Charter calls for a skilful exercise of judgment in balancing the factors set out in *Askov* and that it cannot be reduced to an administrative task or a simple calculation of time. She observed that [at page 208]:

Askov has frequently been given a minimalist or reductionist interpretation. When mere lip service is paid to the required balancing of the four factors, the trial within a reasonable time issue is often resolved by the mechanical computation of the systemic time required to bring the charge to trial and the six to eight months referred to in *Askov* is then given the force of a judicially developed limitation period. This isolates and over-emphasizes systemic delay and reduces the concept of reasonableness in s. 11(b) to a simplistic computation of time. This is not what the Supreme Court decision in *Askov* stands for.

Chief Justice Dubin, in concurring reasons, agreed with Madam Justice Arbour that the Supreme Court of Canada in *Askov* had not prescribed a statutory limitation period which, if exceeded, must automatically result in a stay of charges. He, however, placed greater emphasis on the fact that the right protected by paragraph 11(b) is not simply a right of an individual charged with an offence but that it involves a societal interest as well. He commented [at page 202]:

That societal interest can also be protected by the duty of the Crown to proceed expeditiously with the criminal process, and the duty of the courts where adjournments are sought to prevent unreasonable delay. However, there is, I think, as a corollary to the societal interest in expeditious proceedings, a societal interest in seeing that every person charged with an offence be brought to trial to be found guilty or not guilty and if, after a fair trial in which all the rights of the accused are fully protected, the accused is found guilty, the accused should be punished.

He also noted [at page 196] that “[t]he effect of [a] stay is tantamount to an acquittal but without a trial” and that “[t]he staying of so many charges has had a serious impact on the administration of justice in this province and, I fear, has eroded the public’s confidence in the administration of justice.”

dans l’arrêt *Askov*, qu’un délai de huit mois était déraisonnable pour fixer la date du procès en cour provinciale. Le juge Arbour, J.C.A., indique que, lorsqu’il décide d’ordonner l’arrêt des procédures en raison d’une violation de l’alinéa 11b) de la Charte, le tribunal doit exercer judicieusement son jugement pour établir un équilibre entre les facteurs mentionnés dans *Askov*, et qu’il ne peut être réduit à une tâche administrative ou à un simple calcul des délais. Elle fait observer ce qui suit [à la page 208]:

[TRADUCTION] On a fréquemment donné une interprétation étroite à l’arrêt *Askov*. Lorsque l’établissement d’un équilibre entre les quatre facteurs n’est fait que pour la forme, la question de la tenue du procès à l’intérieur d’un délai raisonnable est souvent tranchée au moyen du simple calcul des délais systémiques requis pour traduire une personne en justice, ce qui équivaut à donner à la période de six à huit mois mentionnée dans *Askov* la force d’un délai de droit prétorien. Ce qui permet d’isoler la question des délais systémiques et d’y accorder trop d’importance et de ramener le concept du délai raisonnable mentionné à l’al. 11b) à un simple calcul de délai. Ce n’est pas ce que signifie l’arrêt de la Cour suprême du Canada.

Le juge en chef Dubin, dans des motifs concordants, souscrit à l’opinion de Madame le juge Arbour que la Cour suprême du Canada n’a pas établi un délai statutaire qui, dans le cas où on l’exécède, doit automatiquement donner lieu à un arrêt des procédures. Il fait toutefois ressortir davantage le fait que le droit protégé par l’alinéa 11b) n’est pas simplement un droit de l’inculpé, mais qu’il comporte également un droit social. Il affirme [à la page 202]:

[TRADUCTION] Le droit de la société peut aussi être protégé par l’obligation du ministère public de procéder avec diligence aux poursuites criminelles et l’obligation des tribunaux de prévenir un délai déraisonnable lorsque des ajournements sont demandés. Toutefois, à mon avis, à titre de corollaire au droit de la société à la tenue de poursuites diligentes, la société a aussi un droit de constater que tout inculpé est traduit en justice pour être déclaré coupable ou non et que, s’il est déclaré coupable après la tenue d’un procès équitable au cours duquel tous ses droits ont été pleinement respectés, l’accusé est puni.

Il a aussi affirmé [à la page 196] que [TRADUCTION] «l’effet d’un arrêt des procédures équivaut à un acquittement, sans procès» et que «l’arrêt de nombreuses procédures a entraîné de graves répercussions sur l’administration de la justice dans la province et a miné, je le crains, la confiance du public en l’administration de la justice».

It appears, therefore, that while significant time delay and prejudice to the accused are important considerations, a paragraph 11(b) Charter infringement is not simply a question of delay or simply a question of the accused's right to a fair trial. Each individual case must be considered in the light of all the factors set out by Cory J. in *Askov*.

CONCLUSION

I refused the application for the following reasons. First, the action of the Adjudicator in this instance, is not a decision which is subject to review under section 18 of the *Federal Court Act*. Rather, it is essentially a procedural decision and one which is entirely within the competence of the Adjudicator. In *Union Gas Ltd. v. TransCanada PipeLines Ltd.*, [1974] 2 F.C. 313 (C.A.), the National Energy Board had made a ruling at the beginning of a hearing which determined the order in which the Board would receive evidence and permit cross-examination of witnesses. The ruling was found to be clearly within the Board's powers even though it permitted cross-examination to take place after the witnesses had been cross-examined by those in opposition. Mahoney J.A., for the Court stated (at page 317):

The right of the Board to determine the order in which it will receive evidence and permit cross-examination of witnesses, regardless of how anomalous the result may be when the proceedings are viewed as adversary proceedings, seems so clear to me that I dismissed this aspect of the application from the bench at the conclusion of the hearing. I mention it briefly now only with a view to recording my views.

Secondly, constitutional issues cannot be decided in a factual vacuum. In *Novopharm Ltd. v. Wyeth Ltd.* (1986), 26 D.L.R. (4th) 80 (F.C.A.), Heald J.A. for the Court held [at page 81] that it was an improper exercise of discretion for a judge to order a hearing into the constitutional validity of a section of a statute "irrespective of any factual situation". Based on his review of the jurisprudence he concluded [at page 83] that it was a basic principle that "[e]xcept in certain circumstances, it is not appropriate to consider constitutional issues in a factual vacuum." He stated (at pages 84-85):

Il appert donc que, bien que les longs délais et le préjudice pour l'accusé constituent des considérations importantes, une violation de l'alinéa 11b) de la Charte n'est pas simplement une question de délai ou simplement une question du droit de l'accusé à un procès équitable. Chaque cas doit être analysé en fonction de tous les facteurs énumérés par le juge Cory dans l'arrêt *Askov*.

CONCLUSION

J'ai refusé la demande pour les motifs suivants. Premièrement, en l'espèce, la décision de l'arbitre ne peut pas faire l'objet d'une révision en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Elle constitue essentiellement une décision procédurale qui relève entièrement de la compétence de l'arbitre. Dans l'arrêt *Union Gas Ltd. c. TransCanada PipeLines Ltd.*, [1974] 2 C.F. 313 (C.A.), l'Office national de l'énergie avait, au début d'une audience, pris une décision quant à l'ordre dans lequel il allait entendre les éléments de preuve et permettre le contre-interrogatoire des témoins. On a jugé que cette décision relevait clairement des pouvoirs de l'Office, même si elle permettait le contre-interrogatoire des témoins après que ceux-ci avaient été contre-interrogés par ceux de la partie adverse. Le juge Mahoney, J.C.A., au nom de la Cour, dit (à la page 317):

Le droit de l'Office de déterminer l'ordre dans lequel il entendra les témoignages et permettra le contre-interrogatoire des témoins, si exceptionnel que puisse en être le résultat lorsque les procédures sont considérées comme des procédures contentieuses, me semble tellement manifeste que j'ai rejeté cet aspect de la demande immédiatement à la fin de l'audience. Je le mentionne brièvement ici uniquement pour consigner mes opinions.

Deuxièmement, les questions constitutionnelles ne peuvent être tranchées sans égard aux faits. Dans *Novopharm Ltd. c. Wyeth Ltd.* (1986), 26 D.L.R. (4th) 80 (C.A.F.), le juge Heald, J.C.A., au nom de la Cour, a statué [à la page 81] qu'il n'était pas opportun qu'un juge, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, ordonne la tenue d'une audition sur la validité constitutionnelle d'un article d'une loi «sans égard aux faits de l'espèce». Après une analyse de la jurisprudence, il conclut [à la page 83] qu'il existe un principe fondamental suivant lequel «sauf quelques exceptions, il ne faut pas étudier les questions consti-

I am of the view that the Judicial Committee and the Supreme Court of Canada have both clearly established the principle that it is not appropriate to answer constitutional questions in the absence of concrete facts. In the case of *A.-G. Ont. v. Hamilton Street R. Co. et al.*, [1903] A.C. 524 at p. 529, the Judicial Committee said:

... it would be extremely unwise for any judicial tribunal to attempt beforehand to exhaust all possible cases and facts which might occur to qualify, cut down, and override the operation of particular words when the concrete case is not before it.

The problem of deciding constitutional issues in a factual vacuum was discussed by the Judicial Committee again in the case of *A.-G. B.C. v. A.-G. Can.; Re B.C. Fisheries* (1913), 15 D.L.R. 308 at pp. 309-10, [1914] A.C. 153 at p. 162, 5 W.W.R. 878, where it was stated:

Not only may the question of future litigants be prejudiced by the Court laying down principles in an abstract form without any reference or relation to actual facts, but it may turn out to be practically impossible to define a principle adequately and safely without previous ascertainment of the exact facts to which it is to be applied.

The same principle was again endorsed by the Supreme Court of Canada in the case of *A.-G. Man. v. Man. Egg & Poultry Ass'n et al.* (1971), 19 D.L.R. (3d) 169, [1971] S.C.R. 689, [1971] 4 W.W.R. 705. Laskin J. (as he then was) said at p. 181:

The utility of the Reference as a vehicle for determining whether actual or proposed legislation is competent under the allocations of power made by the *B.N.A. Act*, 1867 is seriously affected in the present case because there is no factual underpinning for the issues that are raised by the Order of Reference.

The Tribunal is also not a court of competent jurisdiction and is not competent to grant the relief that would ensue should it accept the applicant's constitutional arguments before considering her Convention refugee claim. Based on the jurisprudence to date, particularly in this Court, it is not within the jurisdiction of administrative tribunals to make general pronouncements that a particular law does not have constitutional effect in that it is contrary to the Charter. In my opinion, by asking the Tribunal to determine that section 46 and consequential sections of the *Immigration Act* violate section 7 of the Charter, the applicant is, in effect, asking the Tribunal to grant a general declaration that these provisions infringe the Charter.

tutionnelles sans égard aux faits pertinents». Il affirme (aux pages 84 et 85):

[J]'estime que le Comité judiciaire et la Cour suprême du Canada ont tous deux clairement affirmé qu'il n'était pas opportun de trancher des questions constitutionnelles en l'absence de faits concrets. Voici ce qu'a affirmé le Comité judiciaire dans *A.-G. Ont. v. Hamilton Street R. Co. et al.*, [1903] A.C. 524, à la p. 529:

[TRADUCTION] ... il serait très inopportun qu'un tribunal tente d'examiner à l'avance tous les cas possibles qui pourraient restreindre, éliminer et outrepasser l'application de certains termes sans être saisi de l'affaire en cause.

Le Comité judiciaire a traité de nouveau du problème des questions constitutionnelles posées en l'absence de faits, dans l'affaire *A.-G. B.C. v. A.-G. Can.; Re B.C. Fisheries* (1913), 15 D.L.R. 308, aux p. 309 et 310, [1914] A.C. 153, à la p. 162, 5 W.W.R. 878, où il affirme ce qui suit:

[TRADUCTION] Le fait que la Cour énonce des principes de façon abstraite sans tenir compte de faits concrets peut porter atteinte aux droits des parties éventuelles; de plus, il peut être pratiquement impossible de définir un principe convenablement et sans erreur si l'on n'examine pas d'abord les faits exacts auxquels il doit s'appliquer.

Elle a repris les mêmes principes dans *P.G. du Man. c. Man. Egg & Poultry Ass'n et al.* (1971), 19 D.L.R. (3d) 169, [1971] R.C.S. 689, [1971] 4 W.W.R. 705. Dans cette affaire, le juge Laskin, alors juge puîné, a affirmé ce qui suit à la page 181:

L'utilité du renvoi comme moyen de déterminer la validité d'une loi en vigueur ou projetée, compte tenu de la répartition des pouvoirs établie par l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, est sérieusement diminuée en l'instance parce que les questions soulevées dans le texte du renvoi ne s'appuient pas sur des faits.

Le tribunal n'est pas non plus un tribunal compétent et il ne peut accorder la réparation qui s'ensuivrait s'il devait accepter les arguments constitutionnels de la requérante avant d'examiner sa revendication de statut de réfugié au sens de la Convention. Compte tenu de la jurisprudence à ce jour, plus particulièrement celle de cette Cour, je conclus qu'il n'est pas de la compétence des tribunaux administratifs de statuer de manière générale qu'une loi particulière n'est pas valide du point de vue constitutionnel parce qu'elle est contraire à la Charte. À mon avis, en demandant au tribunal de déterminer que l'article 46 et les articles corrélatifs de la *Loi sur l'immigration* contreviennent à l'article 7 de la Charte, la requérante demande en fait au tribunal de

This limited responsibility of an administrative Tribunal has been clearly established. In *Zwarich v. Canada (Attorney General)*, [1987] 3 F.C. 253 (C.A.), Pratte J.A., for the Court, considered the jurisdiction of administrative tribunals, in that case Boards of Referees, under subsection 24(1) of the Charter. He concluded (at page 255):

It is clear that neither a board of referees nor an umpire have the right to pronounce declarations as to the constitutional validity of statutes and regulations. That is a privilege reserved to the superior courts. However, like all tribunals, an umpire and a board of referees must apply the law. They must, therefore, determine what the law is. And this implies that they must not only construe the relevant statutes and regulations but also find whether they have been validly enacted. If they reach the conclusion that a relevant statutory provision violates the Charter, they must decide the case that is before them as if that provision had never been enacted. The law on this subject, as I understand it, was clearly and accurately stated by Macfarlane J.A. of the Court of Appeal of British Columbia in *Re Schewchuk and Ricard; Attorney-General of British Columbia et al; Intervenors*:

It is clear that the power to make general declarations that enactments of Parliament or of the Legislature are invalid is a high constitutional power which flows from the inherent jurisdiction of the superior courts.

But it is equally clear that if a person is before a court upon a charge, complaint, or other proceeding properly within the jurisdiction of that court then the court is competent to decide that the law upon which the charge, complaint or proceeding is based is of no force and effect by reason of the provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and to dismiss the charge, complaint or proceeding. The making of a declaration that the law in question is of no force and effect in that context, is nothing more than a decision of a legal question properly before the court. It does not trench upon the exclusive right of the superior courts to grant prerogative relief, including general declarations.

In *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Borowski*, [1990] 2 F.C. 728 (T.D.), Joyal J. considered *inter alia* whether a tribunal is competent to declare that a particular enactment is in breach of a Charter provision and grant a remedy. He noted that in *Tétreault-Gadoury v. Canada (Canada Employment and Immigration Commission)*, [1989] 2 F.C. 245 (C.A.), it was established that declarations as to the constitutional validity of any statute or regulation

rendre un jugement déclaratoire général portant que ces dispositions violent la Charte.

Cette responsabilité restreinte d'un tribunal administratif a déjà été clairement établie. Dans l'affaire *Zwarich c. Canada (Procureur général)*, [1987] 3 C.F. 253 (C.A.), le juge Pratte, J.C.A., a analysé la compétence des tribunaux administratifs, en l'espèce celle d'un conseil arbitral, en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte. Il conclut (à la page 255):

Il est évident qu'il n'appartient ni au conseil arbitral ni au juge-arbitre de statuer sur la validité constitutionnelle des lois et des règlements. Il s'agit d'un privilège réservé aux instances supérieures. Mais le juge-arbitre et le conseil arbitral doivent appliquer le droit, comme tous les tribunaux d'ailleurs. Ils doivent donc déterminer le droit applicable, et pour ce faire, ils doivent non seulement interpréter les lois et les règlements applicables mais également statuer sur la validité de leur adoption. S'ils concluent qu'une disposition légale applicable enfreint la Charte, ils doivent trancher la question comme si cette disposition n'avait jamais été adoptée. Le droit sur ce point, si j'ai bien compris, a été clairement formulé par le juge Macfarlane de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Re Schewchuk and Ricard; Attorney-General of British Columbia et al; Intervenors*:

[TRADUCTION] Il est avéré que le pouvoir de rendre un jugement déclaratoire sur la validité constitutionnelle des lois adoptées par le Parlement ou l'une des Législatures ressortit à la compétence exclusive des instances supérieures.

Mais il est également avéré que si une personne comparait devant un tribunal suite à une inculpation, à une plainte ou à un autre acte de procédure qui relève régulièrement de la compétence de ce dernier, il s'ensuit que le tribunal a compétence d'une part, pour juger que la loi sur laquelle repose l'inculpation, la plainte ou l'autre acte de procédure est inopérante du fait des dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et d'autre part, pour rejeter l'inculpation, la plainte ou l'autre acte de procédure. Le prononcé d'un jugement déclaratoire portant que la loi contestée est inopérante n'est, dans ce contexte, rien de plus qu'une décision sur une question juridique dont le tribunal est régulièrement saisi. Cela n'empiète aucunement sur le droit exclusif des instances supérieures d'accorder un redressement par voie de bref de prérogative, y compris un jugement déclaratoire.

Dans *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Borowski*, [1990] 2 C.F. 728 (1^{re} inst.), le juge Joyal a notamment examiné si un tribunal est compétent pour rendre un jugement déclaratoire portant qu'une loi particulière viole une disposition de la Charte et pour accorder une réparation. Il indique que, dans l'arrêt *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada)*, [1989] 2 C.F. 245 (C.A.), il a été établi que le pou-

and the granting of any remedy pursuant to section 24 of the Charter are reserved to the superior courts. Mr. Justice Joyal then observed (at page 748) that “sub-section 52(1) . . . simply declares that if inconsistency with a constitutional provision is found to exist, a law, to the extent of the inconsistency, is of no force or effect” and he concluded that “it cannot fashion a remedy”.

I also note that in the interim the Supreme Court of Canada has rendered its decisions in *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5 and *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22. The result may very well be that this Tribunal has no authority to dispose of the constitutional questions raised by the applicant. If, however, it does possess the authority to deal with such questions, the Tribunal is clearly limited in the manner set out in these reasons. In either event, it is appropriate for the Tribunal to proceed to the full factual determination necessary to discharge its mandate under the *Immigration Act*. The Tribunal would need to consider whether the delay was attributable to the applicant or solely to the administration of the process at issue, and whether and to what extent this applicant’s rights have been prejudiced by the delay. I do not see how the Adjudicator can be asked to decide those questions without knowing their precise factual context.

Finally, in doubtful cases there is a practical advantage for an adjudicator to be in a position to make a determination on the merits of a case at the same time that the constitutional validity of a provision is considered for the simple reason that a favourable adjudication on the merits may obviate the necessity of a long and protracted constitutional proceeding.

In my view, therefore, the Adjudicator’s decision to proceed with the immigration inquiry is appropriate, entirely procedural in nature, and entirely within the scope of the Tribunal’s authority. Accordingly, the applications must be dismissed.

voir de se prononcer sur la validité constitutionnelle de toute loi ou de tout règlement et d’accorder une réparation sous le régime de l’article 24 de la Charte appartient exclusivement aux cours supérieures. M. le juge Joyal a ensuite fait remarquer (à la page 748) que «le paragraphe 52(1) . . . prévoit uniquement que la constitution rend inopérantes les dispositions incompatibles, le cas échéant, de toute autre règle de droit». Voilà tout ce que dit cet article, rien de plus. «Il ne peut établir une réparation.»

Je fais également remarquer que la Cour suprême du Canada a depuis rendu les arrêts *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)* [1991] 2 R.C.S. 5, et *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l’emploi et de l’immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22. Il pourrait bien s’ensuivre que ce tribunal ne possède pas la compétence pour trancher les questions constitutionnelles soulevées par la requérante. Toutefois, dans l’affirmative, le tribunal est manifestement limité dans sa tâche de la manière exposée dans ces motifs. Quoiqu’il en soit, le tribunal doit procéder à toute l’analyse factuelle qui lui permettra de s’acquitter de son mandat en vertu de la *Loi sur l’immigration*. Le tribunal devrait examiner si le délai est imputable à la requérante ou seulement à l’administration des procédures en litige, et si ce délai a porté atteinte aux droits de la requérante. Je ne sais pas comment on peut demander à l’arbitre de trancher ces questions s’il ne connaît pas leur contexte factuel précis.

Enfin, dans les affaires douteuses, en pratique, il est avantageux pour un arbitre d’être en mesure de se prononcer sur le fond d’une affaire en même temps que sur la validité constitutionnelle d’une disposition pour la simple raison qu’une décision favorable quant au fond peut parer à la nécessité d’une très longue poursuite d’ordre constitutionnel.

À mon avis, donc, la décision de l’arbitre de procéder à l’enquête en matière d’immigration est appropriée et tout à fait conforme à la procédure et relève entièrement de la compétence du tribunal. En conséquence, les demandes doivent être rejetées.

T-2252-91

T-2252-91

CNG Transmission Corporation (*Applicant*)CNG Transmission Corporation (*requérante*)

v.

c.

National Energy Board, ANR Pipeline Company, Rochester Gas & Electric Corporation, St. Clair Pipelines Limited, TransCanada PipeLines Limited (*Respondents*)

^a Office national de l'énergie, ANR Pipeline Company, Rochester Gas & Electric Corporation, St. Clair Pipelines Limited, TransCanada PipeLines Limited (*intimés*)

INDEXED AS: CNG TRANSMISSION CORP. v. CANADA (NATIONAL ENERGY BOARD) (T.D.)

RÉPERTORIÉ: CNG TRANSMISSION CORP. c. CANADA (OFFICE NATIONAL DE L'ÉNERGIE) (1^{re} INST.)

Trial Division, Cullen J.—Ottawa, October 3, 4 and 18, 1991.

^c Section de première instance, juge Cullen—Ottawa, 3, 4 et 18 octobre 1991.

Judicial review — Prerogative writs — Certiorari — Application to quash National Energy Board (NEB) decision to review refusal of respondent companies' application for authorization to construct pipeline — Applicant submitting competing pipeline proposal — Former Board Chairman consultant to respondent, contacting Chairman directly (contrary to Board policy) to arrange meeting between Chairman, Vice-Chairman and representatives of unsuccessful pipeline companies — Presenting negative reactions to refusal and suggestions as to how NEB should proceed in light of allegedly changed circumstances — Applicant unrepresented at meeting — Board deciding to abridge review process — Given terms of National Energy Board Act, procedural nature of decision and type of function exercised, principle of fairness applied, although not to same degree as to hearing on merits — Manner of conducting meeting unfair — Applicant denied reasonable opportunity to address issue of whether should be reviewed — Reasonable apprehension of bias — Although NEB members should not be precluded from meeting with industry representatives, meeting should have been limited to procedural matters.

^d *Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — Certiorari — Demande en vue de l'annulation de la décision par laquelle l'Office national de l'énergie (ONÉ) a décidé de réviser le refus d'accorder aux compagnies intimées l'autorisation de construire un pipeline — La requérante, une concurrente, a présenté une proposition concernant le pipeline — L'ancien président de l'Office était conseiller de l'intimée et a communiqué directement avec le président de l'ONÉ (contrairement à la politique de l'Office) en vue d'organiser une rencontre avec lui ainsi qu'avec le vice-président et les représentants des compagnies de pipelines perdantes — Ils ont fait part de réactions défavorables au refus et ont fait des suggestions au sujet de la manière dont l'ONÉ devait procéder compte tenu de présumés faits nouveaux — La requérante n'était pas représentée à la réunion — L'Office a décidé d'abrèger la procédure de révision — Compte tenu des dispositions de la Loi sur l'Office national de l'énergie, de la nature de la décision, qui portait sur la procédure, et du genre de fonction exercée, les principes de l'équité s'appliquaient, mais pas dans la même mesure que dans le cas des audiences au fond — La manière dont la réunion s'est déroulée était inéquitable — La requérante s'est vu refuser une occasion raisonnable de se prononcer sur l'opportunité d'une révision — Crainte raisonnable de partialité — Il n'y a pas lieu d'interdire aux membres de l'ONÉ de rencontrer les représentants du secteur d'activité, mais la réunion n'aurait dû porter que sur des questions de procédure.*

Judicial review — Prerogative writs — Prohibition — Application to prohibit eleven named National Energy Board members from participating in review of refusal of application for authorization to construct pipeline — Subsequent to refusal, meeting between Board Chairman, Vice-Chairman and representatives of unsuccessful companies — Meeting violated audi alteram partem principle of fairness — Application allowed with respect to Chairman and Vice-Chairman — Given substantive nature of discussions, and their participation in decision to review refusal, reasonable apprehension of bias — Denied as to Board members who received minutes of meeting.

^e *Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — Prohibition — Requête visant à interdire à onze membres désignés de l'Office national de l'énergie de participer à toute révision du refus d'accorder l'autorisation de construire un pipeline — À la suite du refus, il y a eu une rencontre avec le président et le vice-président de l'Office ainsi qu'avec les représentants des sociétés perdantes — La réunion violait le principe audi alteram partem — La demande a été accueillie en ce qui concerne le président et le vice-président de l'ONÉ — Étant donné que des questions de fond ont été discutées et que le président et le vice-président avaient participé à la décision de réviser le refus, il existait une crainte raisonnable de partialité — La demande est rejetée en ce qui concerne les membres de l'Office qui ont reçu le procès-verbal de la réunion.*

Energy — National Energy Board deciding to review refusal of respondents' application for authorization to construct pipeline and to abridge review process — Applicant not given opportunity to address issue of whether should be reviewed — Respondents given two opportunities to make case, one of which at private meeting in absence of applicants — Consideration of National Energy Board Act, procedural nature of decision and function exercised — Board's powerful mandate accompanied by heavy responsibility to be fair — Breach of audi alteram partem principle of fairness — Decision to review quashed — NEB Chairman and Vice-Chairman prohibited from participating in any review as present at private meeting and participating in decision to review refusal.

This was an application for *certiorari* to quash the National Energy Board's (NEB) decision to review its refusal of the respondent companies' application for authorization to construct a pipeline and for prohibition prohibiting 11 named NEB members from participating in a rehearing. The applicant had submitted a competing proposal for the transportation of gas received from the Canadian pipeline system to New York state. Both proposals required regulatory approval in Canada and the United States. After the NEB refusal was released, the U.S. Federal Energy Regulatory Commission (FERC) approved the respondents' proposal conditional upon NEB approval. Mr. Edge, a former NEB Chairman and now consultant to a parent company of a respondent company, contacted the present Chairman to arrange a meeting with the latter, Vice-Chairman and legal counsel. Board policy/rules require that all contacts with the Board be made through the Secretary. At the meeting the respondent companies expressed negative reactions to the NEB decision, made representations on aspects of the case and expressed the view that the FERC decision was a changed circumstance which justified review. The Chairman and Vice-Chairman indicated that they did not think that the Board would initiate a review of its own volition, and it was agreed that the respondent companies would submit a section 21 review application in which they could request that the review process be expedited. Board members received a summary of this meeting. As agreed, a section 21 review application was filed and a copy forwarded to the applicant, which requested an opportunity to address the issue of whether a review should take place. Without responding thereto, the Board decided to abridge the review process, having been "persuaded by the applicants' arguments" that a review was justified. Board Rules require the Board to hear public comment on whether a decision should be reviewed, but it also has the power to dispense with any provision of the Rules. The issues were whether the NEB decision to review was subject to the principles of fairness; and if so, whether the meeting with the respondent companies raised a reasonable apprehension of bias or constituted a denial of natural justice and breach of the requirements of fairness as a result of the breach of the *audi alteram partem* principle.

Énergie — L'Office national de l'énergie a décidé de réviser le refus d'accorder aux intimés l'autorisation de construire un pipeline et d'abréger la procédure de révision — La requérante n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur l'opportunité d'une révision — Les intimés ont eu deux occasions de faire valoir leur point de vue, dont l'une à huis clos et en l'absence des requérantes — Examen de la Loi sur l'Office national de l'énergie, de la nature de la décision, qui portait sur la procédure, et de la fonction exercée — L'Office a un mandat important qui s'accompagne d'une lourde responsabilité d'agir équitablement — Violation du principe audi alteram partem — Décision d'effectuer une révision annulée — Il est interdit au président et au vice-président de l'ONÉ de participer à une révision étant donné qu'ils étaient présents à la réunion à huis clos et qu'ils ont participé à la décision de réviser le refus.

Il s'agissait d'une demande en vue de l'obtention d'un *certiorari* annulant la décision qu'avait prise l'Office national de l'énergie (ONÉ) de réviser son refus d'autoriser les compagnies intimées à construire un pipeline et en vue de l'obtention d'un bref de prohibition interdisant à onze membres désignés de l'ONÉ de procéder à une nouvelle audition de l'affaire. La requérante, une concurrente, avait présenté une proposition en vue du transport du gaz en provenance du réseau canadien de pipelines vers l'État de New York. Les deux propositions présentées exigeaient l'approbation des organismes canadien et américain de réglementation. Après que le refus de l'ONÉ eut été communiqué, la Federal Energy Regulatory Commission (la FERC) américaine a approuvé la proposition des intimées sous réserve de l'agrément par l'ONÉ. M. Edge, autrefois président de l'ONÉ et maintenant conseiller de la société mère d'une compagnie intimée, a communiqué avec le président actuel de l'ONÉ pour organiser une réunion avec lui, ainsi qu'avec le vice-président et un conseiller juridique de l'ONÉ. La politique et les règles de l'Office exigent que toutes les communications qui lui sont destinées soient adressées au secrétaire. À la réunion, les représentants des compagnies intimées ont fait part de leur réaction défavorable à la décision de l'ONÉ; ils ont fait des observations sur certains aspects de l'affaire et ont exprimé l'opinion selon laquelle la décision de la FERC constituait un fait nouveau qui justifiait la révision du refus. Le président et le vice-président de l'ONÉ ont fait savoir qu'ils ne pensaient pas que l'Office procéderait à une révision de sa propre initiative; il a été convenu que les compagnies intimées présenteraient une demande de révision fondée sur l'article 21, dans laquelle elles pourraient demander que l'ONÉ accélère la procédure de révision. Les membres de l'Office ont reçu un résumé de cette réunion. Tel que convenu, une demande de révision fondée sur l'article 21 a été présentée et une copie a été envoyée à la requérante, qui a demandé qu'on lui accorde l'occasion de se prononcer sur l'opportunité d'une révision. Sans répondre à la demande, l'Office a décidé d'abréger la procédure de révision, puisqu'il avait été «persuadé par les arguments des requérants» qu'une révision était justifiée. Les Règles de l'Office exigent que ce dernier entende en public les observations concernant l'opportunité de réviser une décision, mais l'Office a également le pouvoir de dispenser de l'application de toute disposition des Règles. Il s'agissait de savoir si la décision de l'ONÉ d'effectuer une révision était

Held, the application for *certiorari* should be allowed; the application for prohibition should be allowed only with respect to the Chairman and Vice-Chairman.

Upon consideration of the terms of the *National Energy Board Act*, the procedural nature of the decision and the type of function exercised by the Board, it had to be concluded that procedural fairness did apply although not to the same degree as with respect to hearings into the merits. It could be argued that the applicant had been prejudiced by the denial of the opportunity to address the issue of whether a review should take place, when the respondents had been given two opportunities to make out their case, one of which took place privately and in the absence of any of the parties opposed in interest. The rules of fairness cover the *audi alteram partem* and the *nemo iudex in causa sua debet esse* rules.

As to reasonable apprehension of bias, the problem with the Board's decision was that the source of the idea to abridge the review procedure came from a group representing the losing pipeline interests during a private meeting with the Chairman and Vice-Chairman. Had it come from the NEB itself without input from outside sources, there would be no problem.

The Board has a powerful mandate which is accompanied by a heavy responsibility to be fair, not to favour one side to the detriment of the other, or not to seem to do so. A meeting to discuss procedure would have been appropriate, even if held with only some of the participants and on the clear understanding that it was to discuss procedure only. The meeting should have been stopped when it became apparent that matters other than procedure were to be introduced for discussion.

In light of all the circumstances, there was a reasonable apprehension of bias. NEB members should not be precluded from meeting with members of the "industry". Preliminary discussions or meetings do not automatically trigger a reasonable apprehension of bias. However, the extraordinary circumstances warranted intervention. The context of and overall substance of what transpired was a determining factor, bearing in mind the NEB's mandate as well as its policies and procedures. The NEB was on notice that the "losing party" would be filing an application for review; the Chairman and Vice-Chairman met with certain pipeline representatives who made up the "losing parties"; the meeting was arranged through direct contact by the former Chairman, who was acting on behalf of one of the pipeline companies, with the Chairman, which was contrary to the NEB's rules and policy; significant and substantive

assujettie aux principes de l'équité et, dans l'affirmative, si la réunion avec les représentants des compagnies intimées soulevait une crainte raisonnable de partialité ou constituait un déni de justice naturelle et un manquement à l'obligation d'agir équitablement par suite de la violation du principe *audi alteram partem*.

Jugement: la demande de *certiorari* devrait être accueillie; la demande de bref de prohibition devrait être accueillie uniquement en ce qui concerne le président et le vice-président de l'ONÉ.

Après avoir examiné les dispositions de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, la nature de la décision, qui portait sur la procédure, et le genre de fonction exercée par l'Office, la Cour a conclu que les règles de l'équité procédurale s'appliquaient, mais pas dans la même mesure que dans le cas des audiences au fond. On pourrait soutenir que la requérante avait subi un préjudice par suite du refus de lui accorder l'occasion de se prononcer sur l'opportunité d'une révision, dans la mesure où les intimés se sont vu accorder deux occasions de faire valoir leur point de vue, dont l'une à huis clos et en l'absence des parties ayant des intérêts opposés aux leurs. Les règles de l'équité comprennent les règles *audi alteram partem* et *nemo iudex in causa sua debet esse*.

En ce qui a trait à la question de la crainte raisonnable de partialité, le problème que posait la décision de l'Office était que l'idée d'abréger la procédure de révision avait été proposée par un groupe qui représentait les compagnies perdantes au cours d'une réunion à huis clos avec le président et le vice-président de l'ONÉ. Si l'ONÉ avait rendu la décision de sa propre initiative sans être influencé par des tiers, il n'y aurait pas eu de problème.

L'Office a un mandat important qui s'accompagne d'une lourde responsabilité d'agir équitablement, de ne pas favoriser une partie au détriment de l'autre et de ne pas donner cette impression. Il était à propos de tenir une réunion pour discuter de la procédure même si quelques-unes des parties seulement y participaient, pourvu qu'il soit clairement entendu qu'il y serait question de procédure seulement. Il aurait fallu mettre fin à la réunion lorsqu'il est devenu évident que des questions autres que des questions de procédure seraient abordées en vue d'être examinées.

Compte tenu des circonstances, il existait une crainte raisonnable de partialité. Il ne devrait pas être interdit aux membres de l'ONÉ de rencontrer des représentants du «secteur d'activité». Des discussions ou réunions préliminaires ne suscitent pas automatiquement de crainte raisonnable de partialité. Cependant, les circonstances extraordinaires justifient une intervention. Le contexte de la rencontre et son contenu dans l'ensemble constituaient un facteur décisif, compte tenu du mandat de l'ONÉ ainsi que de ses politiques et procédures. L'ONÉ avait été avisé que la «partie perdante» déposerait une demande de révision; le président et le vice-président de l'ONÉ ont rencontré certains représentants des «parties perdantes»; cette réunion avait été tenue après que l'ancien président, qui agissait pour le compte d'une des compagnies, eut communiqué directement avec le président, ce qui était contraire aux

issues were discussed; arguments were advanced in support of representatives' positions and ideas were advanced as to how the NEB should proceed, i.e. that the NEB should initiate a review on its own volition. A few days later an application for review was filed and shortly thereafter the NEB decided to conduct a review, stating that it had acceded to the applicants' arguments. The meeting and the way it was conducted were unfair to the applicant and others involved in the original proceeding who did not have a reasonable or fair opportunity to address the issue of whether the review should take place.

The participation of the Chairman and Vice-Chairman in the meeting, given what was discussed and their participation in the decision to review, gave rise to a reasonable apprehension of bias. They should be prohibited from participating in any review or rehearing. It would not be appropriate to prohibit the other NEB members from participating in a review just because they received minutes of the meeting.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

National Energy Board Act, R.S.C., 1985, c. N-7, ss. 3(1) (as am. by S.C. 1990, c. 7, s. 3), 4, 6 (as am. *idem*, s. 4), 7(2), 8(b), 11, 21 (as am. *idem*, s. 10).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

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; *Energy Probe v. Atomic Energy Control Board*, [1984] 2 F.C. 227; (1984), 8 D.L.R. (4th) 735; 5 Admin. L.R. 165; 13 C.E.L.R. 66; 43 C.P.C. 13 (T.D.); affd [1985] 1 F.C. 563; (1984), 15 D.L.R. (4th) 48; 11 Admin. L.R. 287; 13 C.E.L.R. 162; 56 N.R. 135 (C.A.).

COUNSEL:

J. H. Smellie and *D. K. Wilson* for applicant CNG Transmission Corporation.
Nicol J. Schultz and *Susan Brown* for intervenor Tennessee Gas Pipeline Company.
John J. Marshall, Q.C. for respondent St. Clair Pipelines Limited.
H. G. Intven and *Robert B. Cohen* for respondent TransCanada PipeLines Limited.
T. Bradbrooke Smith, Q.C., *T. Gregory Kane* and *Rowland J. Harrison* for respondents Rochester Gas & Electric Corporation and ANR Pipeline Company.

règles et à la politique de l'ONÉ; des questions de fond importantes ont été abordées, des arguments ont été invoqués à l'appui de la position des représentants et des idées ont été avancées sur la manière dont l'ONÉ devrait procéder, c'est-à-dire, entreprendre une révision de sa propre initiative. Quelques jours plus tard, une demande de révision a été déposée et peu de temps après, l'ONÉ a décidé d'y donner suite et a affirmé qu'il avait retenu les arguments des requérantes. La réunion et la manière dont elle s'est déroulée étaient inéquitables à l'égard de la requérante et d'autres parties à l'instance originale qui n'avaient pas eu une occasion raisonnable ou équitable de se prononcer sur l'opportunité de la révision.

La participation du président et du vice-président de l'ONÉ à la réunion, compte tenu de ce qui a été discuté, et leur participation à la décision de procéder à la révision, pouvait susciter une crainte raisonnable de partialité. Il y a lieu de leur interdire de participer à toute révision ou de procéder à une nouvelle audition de l'affaire. Il n'est pas opportun d'interdire aux autres membres de l'ONÉ de participer à une révision uniquement parce qu'ils ont reçu le procès-verbal de la réunion.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. (1985), chap. N-7, art. 3(1) (mod. par. L.C. 1990, chap. 7, art. 3), 4, 6 (mod., *idem*, art. 4), 7(2), 8(b), 11, 21 (mod., *idem*, art. 10).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

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; *Enquête énergie c. Commission de contrôle de l'énergie atomique*, [1984] 2 C.F. 227; (1984), 8 D.L.R. (4th) 735; 5 Admin. L.R. 165; 13 C.E.L.R. 66; 43 C.P.C. 13 (1^{re} inst.); conf. par [1985] 1 C.F. 563; (1984), 15 D.L.R. (4th) 48; 11 Admin. L.R. 287; 13 C.E.L.R. 162; 56 N.R. 135 (C.A.).

AVOCATS:

J. H. Smellie et *D. K. Wilson* pour la requérante, CNG Transmission Corporation.
Nicol J. Schultz et *Susan Brown* pour l'intervenante, Tennessee Gas Pipeline Company.
John J. Marshall, c.r., pour l'intimée, St. Clair Pipelines Limited.
H. G. Intven et *Robert B. Cohen* pour l'intimée, TransCanada PipeLines Limited.
T. Bradbrooke Smith, c.r., *T. Gregory Kane* et *Rowland J. Harrison* pour les intimées, Rochester Gas & Electric Corporation et ANR Pipeline Company.

Margery A. Fowke for respondent National Energy Board.

SOLICITORS:

Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa, for applicant ^a
CNG Transmission Corporation.
Fraser & Beatty, Ottawa, for intervenor Tennessee Gas Pipeline Company.
Macleod, Dixon, Calgary, for respondent St. Clair Pipelines Limited. ^b
McCarthy, Tétrault, Toronto, for respondent TransCanada PipeLines Limited.
Stikeman, Elliott, Toronto, for respondents ^c
Rochester Gas & Electric Corporation and ANR Pipeline Company.
Law Branch National Energy Board, Calgary, for respondent National Energy Board.

The following are the reasons for order rendered in English by

CULLEN J.: This is an application by CNG Transmission Corporation (CNG) for *certiorari* quashing ^e the decision of the respondent National Energy Board (NEB), dated August 9, 1991, to proceed with an internal review of an NEB decision dated July 4, 1991 in respect of Hearing Order GH-1-91 and for prohibition prohibiting 11 named members of the ^f NEB from participating in any review or rehearing of the July 4, 1991 decision.

GROUND OF THE MOTION

The applicant submits that the circumstances surrounding the NEB's decision of August 9, 1991 give rise to a reasonable apprehension of bias on the part of the named NEB members and constitute a denial of natural justice and a breach of the requirements of fairness.

BACKGROUND

The facts of this case concern two groups of large pipeline companies which are competing for authorizations to transport gas to the upper New York state market. Both groups propose to transport gas received from the Canadian pipeline system of Trans-

Margery A. Fowke pour l'intimé, l'Office national de l'énergie.

PROCUREURS:

Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa, pour la requérante, CNG Transmission Corporation.
Fraser & Beatty, Ottawa, pour l'intervenante, Tennessee Gas Pipeline Company.
Macleod, Dixon, Calgary, pour l'intimée, St. Clair Pipelines Limited.
McCarthy, Tétrault, Toronto, pour l'intimée, TransCanada PipeLines Limited.
Stikeman, Elliott, Toronto, pour les intimées, Rochester Gas & Electric Corporation et ANR Pipeline Company.
Contentieux de l'Office national de l'énergie, Calgary, pour l'intimé, l'Office national de l'énergie.

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

LE JUGE CULLEN: La Cour est saisie de la requête de CNG Transmission Corporation (CNG) en vue d'obtenir un bref de *certiorari* annulant la décision de l'intimé, l'Office national de l'énergie (ONÉ) en date du 9 août 1991 de procéder à la révision administrative de sa propre décision en date du 4 juillet 1991, à l'égard de l'ordonnance d'audience GH-1-91 et un bref de prohibition interdisant aux onze membres nommés de l'ONÉ de participer à toute révision de la décision du 4 juillet 1991 ou de procéder à une nouvelle audition de l'affaire.

MOTIFS DE LA REQUÊTE

Selon la requérante, les faits qui ont entouré la décision rendue par l'ONÉ le 9 août 1991 donnent lieu à une crainte raisonnable de partialité de la part des membres nommés de l'ONÉ. Ils constitueraient également un déni de justice naturelle et un manquement à l'obligation d'agir équitablement.

ⁱ HISTORIQUE

Les faits en l'espèce intéressent deux groupes d'importantes compagnies de pipelines qui se font concurrence pour être autorisés à transporter du gaz vers les marchés du nord de l'État de New York. Ces deux groupes proposent de transporter du gaz en pro-

Canada PipeLines Limited (TransCanada). One group, consisting of TransCanada, ANR Pipeline Company (ANR), Rochester Gas & Electric Corporation (RG&E) and St. Clair Pipelines Limited. (St. Clair), proposes that the gas reach the market by means of a new pipeline in New York State called the Empire State Pipeline. This pipeline would connect with the TransCanada system at the Niagara River near Chippewa, Ontario. To reach the Niagara River connecting point, TransCanada proposes to construct a 20.6 km pipeline, known as the Blackhorse Extension, and related facilities. This proposal requires approvals from both the Canadian and U.S. energy regulatory authorities. The Empire facility would pass through market areas traditionally served by CNG. The second group, consisting of CNG and Tennessee Gas Pipeline Company (Tennessee), proposes that the gas be taken from the TransCanada system at an existing connecting point on the Niagara River near Lewiston, New York. In such a proposal the Blackhorse Extension would not be required but would require new compression facilities and expansion of existing pipeline facilities in New York. This proposal also requires regulatory approvals both in Canada and the U.S.

On July 20, 1989, TransCanada filed an application with the NEB for authority to construct the Blackhorse Extension and related facilities. By Hearing Order No. GH-1-91 the NEB set the matter down for public hearing at Niagara Falls, Ontario for April 22, 1991. Evidence was heard in Niagara Falls between April 22 and 26, 1991, and oral argument was heard in Ottawa on May 6, 1991.

In a letter dated January 28, 1991 (see exhibit B to affidavit of Henry Edwards Brown (Brown)), TransCanada, through a Mr. Varga, "requested the Board release its decision with reasons or alternatively its decision without reasons, the Board's Order and Conditions of approval relating thereto for the Blackhorse Extension. Application by July 3, 1991, with reasons

venance du réseau canadien de pipelines, exploité par TransCanada PipeLines Limited (TransCanada). L'un des groupes, composé des compagnies TransCanada, ANR Pipeline Company (ANR), Rochester Gas & Electric Corporation (RG&E) et St. Clair Pipelines Limited. (St. Clair), propose d'acheminer le gaz vers les marchés en question au moyen d'un nouveau pipeline dans l'État de New York appelé le «Empire State Pipeline». Ce pipeline serait relié au réseau TransCanada à la rivière Niagara, près de Chippewa (Ontario). Pour atteindre le point de jonction de la rivière Niagara, TransCanada propose de construire un pipeline de 20,6 km, nommé «prolongement de Blackhorse», et les installations connexes. Cette proposition requiert l'agrément des organismes canadien et américain de réglementation en matière d'énergie. L'installation «Empire» passerait dans des territoires dont les marchés avaient été approvisionnés jusque là par CNG. Le second groupe, composé de CNG et de Tennessee Gas Pipeline Company (Tennessee) propose d'acheminer le gaz du réseau TransCanada en passant par un point de jonction existant sur la rivière Niagara près de Lewiston (New York). Selon cette proposition, le prolongement de Blackhorse ne serait pas nécessaire. Cependant, il faudrait construire de nouvelles installations de compression et agrandir les installations actuelles du pipeline dans l'État de New York. Cette proposition requiert également l'agrément des organismes de réglementation au Canada et aux États-Unis.

Le 20 juillet 1989, TransCanada a déposé une demande auprès de l'ONÉ pour obtenir l'autorisation de construire le prolongement de Blackhorse et les installations connexes. Dans l'ordonnance d'audience GH-1-91, l'ONÉ a convoqué une audience publique pour instruire l'affaire à Niagara Falls (Ontario), le 22 avril 1991. Les témoignages ont été recueillis à Niagara Falls entre le 22 et le 26 avril 1991 et les plaidoiries orales ont été entendues à Ottawa le 6 mai 1991.

Dans une lettre datée du 28 janvier 1991 (voir la pièce B annexée à l'affidavit de Henry Edwards Brown (Brown)), TransCanada, représentée par un certain M. Varga, [TRADUCTION] «a demandé à l'Office de rendre sa décision motivée ou, à titre subsidiaire, sa décision non motivée, l'ordonnance de l'Office à l'égard du prolongement de Blackhorse

to follow thereafter as soon as possible." Mr. Varga had cited a cogent rationale for this request.

On July 4, 1991, the NEB issued its decision (GH-1-91) denying TransCanada's application with reasons to follow.

On July 9, 1991, the U.S. Federal Energy Regulatory Commission (FERC) granted authorization for construction of the Empire State Pipeline conditional upon NEB approval of the Blackhorse extension. The FERC dismissed without prejudice CNG's and Tennessee's application for authorization to construct their proposed pipeline and facilities.

On July 11, 1991, Mr. Varga again pressed for an early release of reasons for decision preferably by July 22, 1991. He also indicated that TransCanada anticipated filing a review application (Exhibit D to affidavit of Brown).

On July 16, 1991, Mr. Edge, a consultant acting on behalf of Coastal Corp. (parent company of ANR), contacted the NEB Board Chairman to arrange a meeting with NEB officials on July 23, 1991. Mr. Edge is a former member and Chairman of the NEB. This meeting was eventually held on July 29, 1991.

On July 25, 1991 the NEB issued its reasons in respect of the GH-1-91 decision. The NEB indicated that its decision was based on a finding that the proposed Blackhorse extension facilities were not needed and that the New York markets could be served in a timely fashion by less expensive and environmentally superior means.

On July 29, 1991, Mr. Edge and representatives of The Coastal Group, RG&E and St. Clair (note: Mr. Bergsma is V.P. of Union Gas and appeared as a witness in the NEB hearing in his capacity as President of St. Clair), met with Chairman Priddle, Vice-Chairman Fredette and a member of the NEB's legal staff. The pipeline representatives expressed negative

ainsi que les conditions d'agrément qui s'y rapporteraient, et ce, avant le 3 juillet 1991, en publiant ses motifs ultérieurement, dès que possible». M. Varga avait invoqué des motifs convaincants au soutien de cette demande.

Le 4 juillet 1991, l'ONÉ a rendu sa décision (GH-1-91) par laquelle il rejetait la demande de TransCanada, motifs à suivre.

Le 9 juillet 1991, l'organisme de réglementation américain, la Federal Energy Regulatory Commission (FERC) autorisait la construction de l'«Empire State Pipeline», sous réserve de l'agrément, par l'ONÉ du prolongement de Blackhorse. La FERC a rejeté, sous toutes réserves, la demande d'autorisation que CNG et Tennessee avaient faite pour construire le pipeline et certaines installations.

Le 11 juillet 1991, M. Varga a encore une fois prié l'ONÉ de communiquer les motifs de sa décision le plus tôt possible, de préférence avant le 22 juillet 1991. Il a également fait savoir que TransCanada prévoyait déposer une demande de révision (pièce D annexée à l'affidavit de Brown).

Le 16 juillet 1991, M. Edge, conseil au service de Coastal Corp. (la compagnie mère d'ANR), a communiqué avec le président de l'ONÉ pour organiser une réunion avec des fonctionnaires de l'ONÉ le 23 juillet 1991. M. Edge est un ancien membre et président de l'ONÉ. Cette réunion a finalement été tenue le 29 juillet 1991.

Le 25 juillet 1991, l'ONÉ a publié ses motifs à l'égard de la décision GH-1-91. L'Office a fait savoir que sa décision s'appuyait sur une conclusion selon laquelle les installations proposées du prolongement de Blackhorse n'étaient pas nécessaires et selon laquelle les marchés new-yorkais pouvaient être approvisionnés en temps utile par des moyens moins coûteux et moins dommageables pour l'environnement.

Le 29 juillet 1991, M. Edge et des représentants du groupe Coastal, RG&E et St. Clair (nota: M. Bergsma est vice-président de Union Gas et a comparu comme témoin à l'audience de l'ONÉ en sa qualité de président de St. Clair) ont rencontré le président Priddle, le vice-président Fredette et un membre du service juridique de l'ONÉ. Les représentants des

views and reactions to the NEB's decision; they made representations on aspects of the case and expressed the view that the FERC decision was a changed circumstance upon which the GH-1-91 decision was based and therefore a review of the decision was warranted. Mr. Edge proposed that the NEB initiate a review on its own volition. The Chairman and Vice-Chairman indicated that they did not think it likely that the NEB would initiate such a review. It was then agreed that those corporations represented at the meeting could submit a section 21 review application in which they could request that the review process be expedited by the NEB. This expeditious review would be achieved by dispensing with the two-step review process and proceeding directly with a review on the merits with a short but fair comment period. At the outset of the meeting Mr. Priddle agreed to report back to the members of the NEB on the results of the meeting. A few days later, the 11 members named in this motion received a summary of the meeting.

On August 2, 1991, TransCanada, on behalf of itself, ANR, St. Clair and RG&E filed an application with the NEB for review of the GH-1-91 decision, pursuant to section 21 of the *National Energy Board Act* [R.S.C., 1985, c. N-7 (as am. by S.C. 1990, c. 7, s. 10)] (the Act). The applicants relied on the FERC decision as a changed circumstance to justify the review. The applicants also requested, on the grounds of urgency, that the Board dispense with the two-stage review process contemplated in Part V of the Board's Draft Rules of Procedure.

Although CNG and Tennessee received no formal notice, they did receive a copy of TransCanada's review application and wrote to the NEB requesting a reasonable and fair opportunity to address the issue of whether a review should take place at all.

No response was received to this request, but on August 9, 1991, the NEB decided to abridge the

compagnies de pipelines ont exprimé des opinions et des réactions défavorables à la décision de l'ONÉ. Ils ont également présenté des observations sur certains aspects de l'affaire et ont déclaré que la décision de la FERC constituait un fait nouveau par rapport à ceux sur lesquels la décision GH-1-91 était fondée, si bien qu'il y avait lieu de réviser la décision. M. Edge a suggéré que l'ONÉ entreprenne une révision de sa propre initiative. Le président et le vice-président ont fait savoir que, selon eux, il était peu probable que l'ONÉ agisse en ce sens. Il a ensuite été entendu que les compagnies représentées à la réunion pourraient présenter une demande de révision fondée sur l'article 21 dans laquelle elles pourraient demander que l'ONÉ accélère le processus de révision. Cette révision pourrait être accélérée si l'on se dispensait du processus de révision en deux étapes pour procéder directement à une révision quant au fond au cours de laquelle les parties disposeraient d'une période courte mais équitable afin de faire des commentaires. Au début de la réunion, M. Priddle avait accepté de communiquer les résultats aux autres membres de l'ONÉ. Quelques jours plus tard, les onze membres nommés dans la présente requête ont reçu un résumé de la réunion.

Le 2 août 1991, TransCanada, agissant en son propre nom et pour le compte d'ANR, St. Clair et RG&E, a déposé une demande auprès de l'ONÉ pour faire réviser la décision GH-1-91, en application de l'article 21 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* [L.R.C. (1985), chap. N-7 (mod. par L.C. 1990, chap. 7, art. 10)] (la Loi). Les requérants ont fait valoir que la décision de la FERC constituait un fait nouveau qui justifiait la révision. Invoquant l'urgence, les requérants ont également demandé que l'Office se dispense de suivre le processus de révision en deux étapes visé par la Partie V des Règles de procédure de l'Office dans leur forme provisoire.

Bien que CNG et Tennessee n'aient pas été officiellement avisées, elles ont reçu une copie de la demande de révision de TransCanada et elles ont demandé par écrit à l'ONÉ de leur accorder une occasion raisonnable et équitable de se prononcer sur l'opportunité même d'une révision.

Cette demande est restée sans réponse. Cependant, le 9 août 1991, l'ONÉ a décidé d'abréger le proces-

review process and advised that it had been "persuaded by the applicants' arguments" that a review was justified.

ISSUES

The decision being attacked is the decision of August 9, 1991 to abridge the review process and initiate a review of the merits of the GH-1-91 decision. Essentially what has to be determined is whether this decision should be quashed on the basis that the NEB's conduct with respect to the July 29 meeting with certain pipeline representatives raises a reasonable apprehension of bias on the part of the NEB or constitutes a denial of natural justice and a breach of the requirement of fairness as a result of the breach of the *audi alteram partem* principle and whether prohibition should issue against any or all members of the NEB.

APPLICANT'S POSITION

The applicant CNG submits that in hearing and deciding on the Blackhorse extension the NEB clearly exercised a quasi-judicial function and is subject to the rules of natural justice and procedural fairness and that it is equally clear that the NEB performs a quasi-judicial function when conducting a review or rehearing application pursuant to section 21. Therefore, the NEB and its members must be seen to act impartially. All parties must be given a fair opportunity to make representations. The NEB must not hear evidence or representations of one side behind the back of others.

The applicant argues that the circumstances are such as to give rise to a reasonable apprehension of bias. At the meeting of July 29 advice was given on important underpinnings of the very application that was filed with the NEB on August 2, 1991. The significance of this advice, according to the applicant, is evident in the structure of the August 2 application for review which essentially mirrored the proposal advanced by Mr. Priddle and Mr. Fredette at the private meeting on July 29. Further, that a reasonable person can only conclude that the decision of Mr. Priddle, Mr. Fredette and the other members of the

sus de révision et a fait savoir qu'il avait été [TRADUCTION] «persuadé par les arguments des requérants» qu'une révision était justifiée.

a LES QUESTIONS EN LITIGE

La requérante conteste la décision du 9 août 1991 d'abréger le processus de révision et d'entreprendre la révision de la décision GH-1-91 quant au fond. Essentiellement, la Cour doit statuer s'il y a lieu d'annuler cette décision au motif que la manière dont l'ONÉ avait agi en participant à la réunion du 29 juillet avec certains représentants des compagnies de pipelines soulève une crainte raisonnable de partialité de sa part ou constitue un déni de justice naturelle et un manquement à l'obligation d'agir équitablement du fait qu'il n'a pas respecté le principe *audi alteram partem*. Enfin, la Cour doit décider s'il y a lieu de décerner un bref de prohibition contre les membres de l'ONÉ, ou certains d'entre eux.

THÈSE DE LA REQUÉRANTE

La requérante CNG prétend que l'ONÉ exerçait manifestement une fonction quasi judiciaire lorsqu'il a entendu les parties au sujet du prolongement Blackhorse et lorsqu'il a statué à cet égard, si bien qu'il est assujéti aux règles de la justice naturelle et de l'équité procédurale. Selon elle, il est également clair que l'ONÉ exerce une fonction quasi judiciaire lorsqu'il est saisi d'une demande de révision ou de nouvelle audition en application de l'article 21. Par conséquent, l'ONÉ et ses membres doivent visiblement agir sans partialité. Il faut donner à toutes les parties une occasion équitable de présenter des observations. L'ONÉ ne doit pas entendre des témoignages ou des observations d'une partie à l'insu des autres.

Selon la requérante, les faits en l'espèce soulèvent une crainte raisonnable de partialité. En effet, à la réunion du 29 juillet, des membres de l'Office ont fourni des conseils sur des matières qui se sont avérées être des assises importantes de la demande déposée auprès de l'ONÉ le 2 août 1991. Selon la requérante, l'importance de ces conseils ne fait pas de doute vu la manière dont la demande de révision du 2 août a été rédigée, laquelle reprenait pour l'essentiel la proposition avancée par MM. Priddle et Fredette à la réunion à huis clos du 29 juillet. En outre, selon la requérante, une personne raisonnable est nécessaire-

NEB who received the notes of the private meeting may have been influenced by the course of conduct leading to the August 9 decision. The NEB stated that it had been "persuaded by the applicants' arguments" that a review was warranted, to which the applicant CNG asked the question "which arguments", those advanced at the private meeting or in the application for review?

The applicant CNG also submits that the NEB's course of conduct breached the principle of *audi alteram partem* in that the NEB heard evidence and representations from one side behind the back of the other. The applicant maintains that the NEB gave no opportunity to interested parties, such as CNG, to address the preliminary issue of whether the GH-1-91 decision should be reviewed, as is normally required by the Board's Draft Rules.

The applicant also alleges that the events took place in the face of established external and internal policies of the NEB regarding contact by outside parties with the NEB or its members, which include that NEB members or staff never discuss the merits of a particular application or offer an opinion on the likelihood of success of an application as these are matters upon which the NEB must adjudicate and decide.

The applicant maintains that by virtue of their participation in the private meeting, their gratuitous advice on important underpinnings of the application for review, which was formally submitted a few days later, and their active participation in the August 9 decision, Mr. Priddle and Mr. Fredette must be disqualified from participating in any review or rehearing of the GH-1-91 decision. Further, that in the circumstances, the disqualification should be extended to those additional individuals named in the notice of motion.

RESPONDENTS' POSITION

The various respondents have submitted separate arguments, which are basically similar. All submit

ment amenée à conclure que la décision de M. Priddle, M. Fredette et les autres membres de l'ONÉ qui ont reçu les notes de la réunion à huis clos a pu être influencée par la conduite des parties jusqu'à la décision du 9 août. L'ONÉ a affirmé qu'il avait été [TRADUCTION] «persuadé par les arguments des requérants» qu'une révision était justifiée. Or, la requérante CNG s'est demandée de quels arguments il s'agissait: ceux qui avaient été avancés à la réunion à huis clos ou ceux qui étaient énoncés dans la demande de révision?

La requérante CNG prétend également qu'en agissant comme il l'a fait, l'ONÉ a violé le principe *audi alteram partem* dans la mesure où il a entendu des témoignages et des observations d'une partie à l'insu de l'autre. La requérante soutient que l'ONÉ n'a donné aucune occasion aux parties intéressées, notamment CNG, de se prononcer sur la question préliminaire relative à l'opportunité de réviser la décision GH-1-91, comme l'exigent normalement les Règles de l'Office dans leur forme provisoire.

La requérante allègue également que l'ONÉ a agi contrairement aux politiques qu'il avait lui-même établies à l'égard de ses propres membres et de ses rapports avec les tiers, notamment le cas où ces derniers communiquent avec l'Office ou ses membres. Ainsi, selon ces politiques, les membres ou les employés de l'ONÉ ne doivent jamais discuter du fond d'une demande donnée, ni donner un avis sur l'issue de celle-ci puisqu'il s'agit là de questions sur lesquelles l'ONÉ doit statuer.

La requérante soutient que de par leur participation à la réunion à huis clos, leurs conseils gratuits sur des matières qui se sont avérées être des assises importantes de la demande de révision officiellement présentée quelques jours plus tard et leur participation active à la décision du 9 août, MM. Priddle et Fredette doivent être dessaisis de toute révision de la décision GH-1-91 ou de toute nouvelle audition de l'affaire. En outre, vu les circonstances, les autres personnes nommées dans l'avis de requête devraient également être dessaisis de l'affaire.

THÈSE DES INTIMÉS

Les divers intimés ont chacun présenté des arguments distincts, lesquels reviennent essentiellement

that the decision to initiate a review of the GH-1-91 decision was not a decision or order of an administrative nature required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis. They have characterized the decision as procedural and preliminary in nature, as interim with no final rights, privileges or licences affected. The question whether GH-1-91 should be varied or rescinded remains to be determined in the NEB's ongoing review proceeding. As such, the NEB is not required to hold hearings in these matters. At worst, it is submitted that the NEB was obliged to comply with the duty of fairness. TransCanada maintains that the rules of procedural fairness, including the *audi alteram partem* rule (it would follow that reasonable apprehension of bias would also be included), generally do not apply to preliminary decisions. TransCanada argues that the decision to initiate the review would not have an important impact on CNG or the other parties because they would have a full opportunity to participate in the review proceeding to attempt to persuade the NEB that the decision should not be changed. At most the applicant CNG has lost its right to have "two or more kicks at the can". Therefore, no substantive rights were lost. The respondents add that interested parties were served with the application for review, which included the request to abridge the review procedure, and therefore were afforded an opportunity to respond and comment on this request.

It is also submitted that even if the principles of fairness are ordinarily applicable to applications to review or to rehear, the NEB has a discretion by virtue of Rule 5 to abridge those rules in special circumstances. In this case, the NEB simply chose to exercise its discretion under its own procedures and the respondents note that a reviewing Court should exercise caution in overruling the legitimate exercise of discretion by a specialized tribunal such as the NEB.

With respect to the issue of reasonable apprehension of bias, the respondent TransCanada maintains

au même. Tous prétendent que la décision d'entreprendre une révision de la décision GH-1-91 ne constituait pas une décision ou une ordonnance de nature administrative qui devait être rendue conformément à un processus judiciaire ou quasi judiciaire en vertu d'une règle de droit. Selon eux, la décision était d'ordre procédural et préliminaire. En outre, elle était provisoire, de sorte qu'aucun droit, privilège ou autorisation n'avait été définitivement touché. Il appartient toujours à l'ONÉ de décider, dans le cadre de l'instance de révision en cours s'il y a lieu de modifier ou d'annuler la décision GH-1-91. Comme tel, l'ONÉ n'est pas obligé de tenir des audiences sur ces questions. Au pis aller, prétendent les intimés, l'ONÉ était tenu de respecter l'obligation d'agir équitablement. Selon TransCanada, les règles de l'équité procédurale, notamment la règle *audi alteram partem*, ne s'appliquent généralement pas à des décisions préliminaires (il en irait de même, par voie de conséquence, du critère de la crainte raisonnable de partialité). TransCanada plaide que la décision d'entreprendre la révision n'aurait pas de conséquences importantes à l'égard de CNG ou des autres parties dans la mesure où il leur serait tout à fait loisible de participer à l'instance de révision pour tenter de convaincre l'ONÉ de maintenir sa décision. La requérante CNG a, tout au plus, perdu son droit à plusieurs «essais». Par conséquent, la requérante n'a perdu aucun droit quant au fond. Les intimés ajoutent que les parties intéressées se sont fait signifier la demande de révision, laquelle comprenait la demande d'abrèger la procédure de révision. Ainsi, elles ont eu l'occasion de répondre et de commenter cette demande.

Les intimés prétendent également que même si les principes de l'équité s'appliquent normalement aux demandes de révision ou de nouvelle audition, l'ONÉ a le pouvoir discrétionnaire, en vertu de la Règle 5, d'abrèger ces règles dans des cas particuliers. En l'espèce, l'ONÉ a simplement choisi d'exercer son pouvoir discrétionnaire à l'égard de sa propre procédure et les intimés font remarquer qu'une Cour appelée à exercer un contrôle judiciaire doit se garder de contrecarrer l'exercice légitime du pouvoir discrétionnaire d'un tribunal spécialisé comme l'ONÉ.

En ce qui a trait à la question de la crainte raisonnable de partialité, l'intimé TransCanada soutient que

that the mere fact that a Board member participated in a preliminary meeting of a procedural or investigative nature does not give rise to a reasonable apprehension of bias. It therefore follows that the receipt of minutes of such a meeting also does not raise a reasonable apprehension of bias. This respondent further maintains that the fact that the members present at the July 29 meeting may have had discussions with other NEB members who participated in the decision to initiate the review does not give rise to the reasonable apprehension of bias on the part of those other members so as to justify their exclusion from the review. The respondent argues that it would trivialize the principle *nemo iudex in causa sua debet esse* to find a reasonable apprehension of bias in these circumstances. Moreover, it would unduly fetter tribunals, such as the NEB, which have a broad supervisory and regulatory mandate over an industry. The NEB should not be precluded from meeting with members of the industry or learning about significant developments relevant to decisions made.

The respondents submit that CNG's allegation of the breach of the *audi alteram partem* rule only applies to the application for *certiorari* and not to prohibition as CNG and the other parties had a full opportunity to make their case on the matters discussed at the July 29 meeting during the course of the NEB's ongoing review proceeding. It is further submitted that the issuance of prohibition against all members of the NEB would frustrate the purposes of the Act. In summary, it is argued that the CNG application represents an attempt to judicialize the process of the NEB, particularly in respect of meetings held while no "relevant proceedings" were ongoing and in respect of a procedural or preliminary nature made in the course of fulfilling the NEB's mandate under the Act.

le simple fait, pour un membre de l'Office d'avoir participé à une réunion préliminaire qui avait pour objet la procédure ou l'obtention de renseignements ne saurait susciter une crainte raisonnable de partialité. Par conséquent, le fait d'avoir reçu le procès-verbal de cette réunion ne saurait non plus susciter une telle crainte. Toujours selon cette intimée, le fait que les membres qui ont participé à la réunion du 29 juillet aient pu s'entretenir avec d'autres membres de l'ONÉ, lesquels ont participé à la décision d'entreprendre la révision, ne saurait susciter une crainte raisonnable de partialité, de la part de ces derniers, qui justifierait qu'ils soient exclus de la révision. Selon l'intimée, une conclusion selon laquelle ces faits justifient une crainte raisonnable de partialité priverait de tout son sens la maxime *nemo iudex in causa sua debet esse*. En outre, une telle conclusion entraverait indûment les tribunaux administratifs chargés d'exercer un mandat général de surveillance et de réglementation à l'égard d'un secteur d'activité, comme c'est le cas de l'ONÉ. Il ne doit pas être interdit à l'ONÉ de rencontrer les membres du secteur d'activité visé, ni de prendre connaissance de développements importants sur les décisions qu'il doit prendre.

f

Les intimés prétendent que l'allégation de CNG selon laquelle il y a aurait eu violation de la règle *audi alteram partem* s'applique seulement à la demande de *certiorari* et non à la demande de prohibition puisque CNG et les autres parties ont eu toute latitude pour faire valoir leurs arguments au sujet des questions abordées à la réunion du 29 juillet pendant l'instance de révision en cours de l'ONÉ. Les intimés prétendent également que le fait de décerner un bref de prohibition contre tous les membres de l'ONÉ aurait pour effet de contrecarrer les objets de la Loi. En résumé, les intimés prétendent que la demande de CNG constitue une tentative de judiciarisation du processus de l'ONÉ, notamment à l'égard de réunions tenues alors qu'il n'y avait aucune [TRADUCTION] «instance pertinente» pendante et à l'égard de décisions d'ordre procédural ou préliminaire rendues pendant que l'ONÉ remplissait son mandat prévu par la Loi.

STATUTORY CONTEXT—THE NATIONAL ENERGY BOARD

The NEB derives its powers from the *National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7, as amended. Section 11 stipulates that the NEB is a “court of record”. It is given a broad mandate to discharge various functions under the Act, including the granting of authorizations to construct pipelines and related facilities. Subsection 3(1) [as am. by S.C. 1990, c.7, s. 3] of the Act provides that the NEB consist of not more than nine members appointed by the Governor in Council; in addition, up to six temporary members may be appointed at any one time (section 4). As of June 1, 1991, the following were members of the NEB: R. Priddle (Chairman); J. G. Fredette (Vice-Chairman); R. B. Horner, Q.C.; W. G. Stewart; D. B. Gilmour; A. Côté-Verhaaf; M. Musgrove; C. Bélanger; R. Illing; D. B. Smith (temporary member) and K. W. Vollman (temporary member). A quorum consists of three members, (subsection 7(2)). The Chairman is designated by the Governor in Council under section 6 [as am. *idem*, s. 4] of the Act as the chief executive officer of the NEB to have supervision over and direction of the work and staff of the NEB.

Section 21 of the Act empowers the NEB to review, vary or rescind any order or decision made by it or to rehear any application before deciding it.

Pursuant to section 8 of the Act, the NEB may make rules respecting, *inter alia*, the procedure for making applications, representations and complaints to the Board, the conduct of hearing and generally the manner of conducting any business before the Board, (paragraph 8(b)). The NEB’s Draft Rules Part V provide that applications for review are required to be filed with the Secretary of the NEB and must be served on every person who was a party to the original proceeding. The party served then has 20 days in which to submit a written statement, file it and serve it. The applicant then has 10 days in which to submit a reply (Rules 41, 42 and 43). It is an established practice of the NEB, as prescribed by Rule 45 (Determination), to deal with applications for review in a two-step process. First, the NEB determines whether

CADRE LÉGISLATIF—L’OFFICE NATIONAL DE L’ÉNERGIE

L’ONÉ exerce ses pouvoirs en vertu de la *Loi sur l’Office national de l’énergie*, L.R.C. (1985), chap. N-7 et ses modifications. L’article 11 prévoit que l’ONÉ est une «cour d’archives». Son mandat général consiste à exercer diverses fonctions prévues par la Loi, notamment celle d’autoriser la construction de pipelines et d’installations connexes. Aux termes du paragraphe 3(1) [mod. par L.C. 1990, chap. 7, art. 3] de la Loi, l’ONÉ est composé d’au plus neuf membres nommés par le gouverneur en conseil; en outre, jusqu’à six membres temporaires peuvent être nommés à une époque donnée (article 4). Au 1^{er} juin 1991, les personnes suivantes étaient membres de l’ONÉ: R. Priddle (président), J. G. Fredette (vice-président), R. B. Horner, c.r., W. G. Stewart, D. B. Gilmour, A. Côté-Verhaaf, M. Musgrove, C. Bélanger, R. Illing, D. B. Smith (membre temporaire) et K. W. Vollman (membre temporaire). Le quorum est constitué de trois membres, (paragraphe 7(2)). Le président est désigné par le gouverneur en conseil, en vertu de l’article 6 [mod., *idem*, art. 4] de la Loi, pour agir comme premier dirigeant de l’ONÉ. À ce titre, il en assure la direction et contrôle la gestion de son personnel.

L’article 21 de la Loi accorde à l’ONÉ le pouvoir de réviser, annuler ou modifier ses ordonnances ou décisions ou procéder à une nouvelle audition avant de statuer sur une demande.

En vertu de l’article 8 de la Loi, l’ONÉ peut établir des règles régissant notamment les modalités de présentation des demandes, observations et plaintes, le déroulement de ses audiences et, de façon générale, la manière de traiter les affaires dont il est saisi (alinéa 8b)). La Partie V des Règles de l’ONÉ dans leur forme provisoire prévoit que les demandes de révision doivent être déposées auprès de la secrétaire de l’ONÉ et doivent être signifiées à toutes les personnes qui étaient parties à l’instance originale. Ces parties ont ensuite vingt jours à compter de la signification pour présenter une déclaration écrite, la déposer et la faire signifier. Le requérant dispose alors de dix jours pour présenter une réponse (Règles 41, 42 et 43). Aux termes de la Règle 45 (Décision), l’ONÉ a pour pratique établie de traiter les demandes de

a decision should be reviewed once it hears from interested parties, i.e., public comment on the question of whether the decision should be reviewed. Second, if it decides to review, the NEB then disposes of the application or determines the appropriate procedures to govern the conduct of that review. However, under Rule 5 of the Draft Rules, the NEB has the power to dispense with, vary or supplement any provisions of these Rules and under Rule 7 the NEB has the power to abridge the time prescribed in the Rules for the review.

COMMENTS

I agree with the respondent's view that the decision of August 9 to abridge the two-step review process in respect of the GH-1-91 decision is not quasi-judicial in nature but is a procedural decision. Therefore the question that I have to deal with is whether the NEB is obliged to comply with the principles of fairness and if so, to what extent does the fairness go? I disagree with TransCanada's argument that procedural fairness does not apply in the circumstances as the NEB's decision is a preliminary decision. I think the proper approach to resolving the question of whether procedural fairness applies is the approach noted by Sopinka J. in *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170, at page 1191:

The content of the rules of natural justice and procedural fairness were formerly determined according to the classification of the functions of the tribunal or other public body or official. This is no longer the case and the content of these rules is based on a number of factors including the terms of the statute pursuant to which the body operates, the nature of the particular function of which it is seized and the type of decision it is called upon to make. This change in approach was summarized in *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879. I stated (at pp. 895-96):

Both the rules of natural justice and the duty of fairness are variable standards. Their content will depend on the circumstances of the case, the statutory provisions and the nature of the matter to be decided. The distinction between them therefore becomes blurred as one approaches the lower end of the

révision selon une procédure en deux étapes. Dans un premier temps, l'ONÉ décide s'il y a lieu de réviser une décision après avoir entendu les parties intéressées, c'est-à-dire les commentaires publics sur l'opportunité de réviser la décision. Dans un deuxième temps, s'il décide de réviser, l'ONÉ statue alors sur la demande ou décide des procédures appropriées qui régiront le déroulement de cette révision. Cependant, en vertu de la Règle 5 des Règles dans leur forme provisoire, l'ONÉ a le pouvoir de dispenser de l'application de ces Règles, de les modifier ou d'y suppléer. En vertu de la Règle 7, l'ONÉ a le pouvoir d'abréger les délais prescrits par les Règles en matière de révision.

COMMENTAIRES

Je partage l'avis de l'intimé selon lequel la décision du 9 août d'abréger la procédure de révision en deux étapes à l'égard de la décision GH-1-91 n'est pas de nature quasi judiciaire mais constitue plutôt une décision d'ordre procédural. Par conséquent, je dois décider si l'ONÉ est tenue de se conformer aux principes de l'équité et jusqu'où va cette obligation, le cas échéant. Je n'accepte pas l'argument de TransCanada selon lequel les règles de l'équité procédurale ne s'appliquent pas en l'espèce dans la mesure où la décision de l'ONÉ a été rendue à titre préliminaire. J'estime que la question de savoir si les règles de l'équité procédurale s'appliquent doit être résolue selon l'approche exposée 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 1191:

Le contenu des règles de justice naturelle et de l'équité procédurale était autrefois déterminé en fonction de la classification des tâches du tribunal administratif ou d'un autre organisme ou fonctionnaire publics. Ce n'est plus le cas et le contenu de ces règles dépend désormais de plusieurs facteurs, dont les termes de la loi en vertu de laquelle agit l'organisme en question, la nature de la tâche particulière qu'il a à remplir et le type de décision qu'il est appelé à rendre. Ce changement d'approche se trouve résumé dans l'arrêt *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879, où j'affirme (aux pp. 895 et 896):

Aussi bien les règles de justice naturelle que l'obligation d'agir équitablement sont des normes variables. Leur contenu dépend des circonstances de l'affaire, des dispositions législatives en cause et de la nature de la question à trancher. La distinction entre elles s'estompe donc lorsqu'on approche du bas de

scale of judicial or quasi-judicial tribunals and the high end of the scale with respect to administrative or executive tribunals. Accordingly, the content of the rules to be followed by a tribunal is now not determined by attempting to classify them as judicial, quasi-judicial, administrative or executive. Instead, the court decides the content of these rules by reference to all the circumstances under which the tribunal operates. [Emphasis added.]

It has been argued that the principles of fairness normally applied in respect of NEB hearings into the merits of a case should not be applied with the same rigour to the process by which the NEB determines to rehear. I agree that the degree of procedural fairness to be applied in this case should be lower, but fairness should still apply. In the circumstances it can be argued that the applicant CNG has been prejudiced by the NEB decision in that the respondents ANR, St. Clair and RG&E have been effectively given two opportunities to make out their case, one of which took place privately and in the absence of any of the parties opposed in interest. Further, CNG has been denied the opportunity to address the issue of whether a review should take place.

The jurisprudence is clear on the fact that the rules of fairness cover the *audi alteram partem* rule and the *nemo iudex* rule: *Energy Probe v. Atomic Energy Control Board*, [1984] 2 F.C. 227 (T.D.); affd by [1985] 1 F.C. 563 (C.A.). As Reed J. noted in the *Energy Probe* case, at page 234, "I have no doubt that the duty to act fairly as enunciated by the Supreme Court of Canada in the *Nicholson* case must include a requirement for an unbiased decision maker. Any other conclusion would undercut the whole concept of the requirement of a duty of fairness."

With respect to the question of reasonable apprehension of bias, there is no dispute that the issue is not whether the members named are actually biased (and counsel for the applicant made it quite clear they were not making such an allegation) but whether the circumstances could properly cause a reasonably well-informed person to have a reasonable apprehension of a biased appraisal or judgment by the

l'échelle dans le cas de tribunaux judiciaires ou quasi judiciaires et du haut de l'échelle dans le cas de tribunaux administratifs ou exécutifs. C'est pourquoi on ne détermine plus maintenant le contenu des règles à suivre par un tribunal en essayant de le ranger dans la catégorie de tribunal judiciaire, quasi judiciaire, administratif ou exécutif. Au contraire, on décide du contenu de ces règles en tenant compte de toutes les circonstances dans lesquelles fonctionne le tribunal en question. [Je souligne.]

Les intimés ont plaidé que les principes de l'équité qui s'appliquaient normalement à l'égard des audiences de l'ONÉ quant au fond d'une affaire ne devraient pas être appliqués avec la même rigueur au processus par lequel l'ONÉ décide de procéder à une nouvelle audition. Je reconnais que le degré d'équité procédurale à appliquer en l'espèce doit être moins élevé. Cependant, il fallait quand même agir équitablement. Dans le cas qui nous intéresse, on peut soutenir que la décision de l'ONÉ a causé un préjudice à la requérante CNG dans la mesure où les intimés ANR, St. Clair et RG&E se sont effectivement vu accorder deux occasions de faire valoir leur cause, dont l'une à huis clos et en l'absence des parties ayant des intérêts opposés aux leurs. Qui plus est, CNG s'est vu priver de l'occasion de débattre de l'opportunité d'une révision.

Selon la jurisprudence, il est clair que les règles de l'équité comprennent les règles *audi alteram partem* et *nemo iudex*: *Enquête énergie c. Commission de contrôle de l'énergie atomique*, [1984] 2 C.F. 227 (1^{re} inst.); confirmé par [1985] 1 C.F. 563 (C.A.). Comme l'a affirmé le juge Reed, à la page 234 de la décision *Enquête énergie*, «Je suis certain [sic] que l'obligation d'agir équitablement énoncée par la Cour suprême dans l'arrêt *Nicholson* doit comporter la condition que l'auteur d'une décision soit impartial. Toute autre conclusion saperait entièrement le concept de l'exigence d'une obligation d'équité».

En ce qui a trait à la question de la crainte raisonnable de partialité, toutes les parties admettent que la question en litige n'est pas de savoir si les membres nommés ont effectivement un parti pris. Les avocats de la requérante ont d'ailleurs tenu à préciser qu'ils ne faisaient aucune allégation en ce sens. Il s'agirait plutôt de décider si les faits en l'espèce sont susceptibles de susciter, chez une personne raisonnablement

member, however unconscious or unintentional it might be.

The major problem with the NEB's decision is that the source of the idea to abridge the review procedure came from a group representing the losing pipeline interests during a private meeting with certain members of the NEB, notably the Chairman and the Vice-Chairman. Had the decision come from the NEB itself without any input from outside sources, it could not be subject to attack as the Act does allow for procedural changes.

It is clear, certainly, that had Chairman Priddle and Vice-Chairman Fredette met on July 29, 1991 with counsel for National Energy Board (NEB) to discuss the FERC decision, following which counsel's report was sent to all members of the NEB, such a meeting, and the consequential notification, was wholly within the powers given to the NEB. This would, in my view, be within the NEB's mandate and certainly it would have been appropriate if counsel's report stated that they had considered the FERC report and decided not to review the decision on their own volition, but would await any development that might be pursued by corporations under the provisions of section 21. No case could be made that the Court should interfere in those circumstances and if it did so it would clearly be judicializing the process of the NEB.

The real issue here is: did the meeting that was actually held on July 29, 1991 and initiated by Mr. Edge and attended by representatives of the Coastal Group, RG&E and St. Clair, warrant the Court's attention as suggested by the applicant and as disputed by the respondents. In my view, yes, bearing in mind that both parties accepted that the Court must consider all the circumstances. As indicated earlier, the FERC decision was made on July 9, 1991 and within the week Mr. Edge contacted the NEB Chairman to arrange a meeting with NEB officials for July 23, 1991. The Board's policy/rules require that all contacts with the Board be made through the Secretary. This policy is outlined in a NEB letter, dated

bien informée, une crainte raisonnable que le membre fera preuve de partialité, même inconsciente ou involontaire dans son évaluation ou son jugement.

a Le principal défaut de la décision de l'ONÉ tient du fait que l'idée d'abréger la procédure de révision avait été proposée par un groupe qui représentait les compagnies de pipelines qui avaient perdu en première instance au cours d'une réunion à huis clos avec certains membres de l'ONÉ, notamment son président et son vice-président. Si l'ONÉ avait rendu la décision de sa propre initiative sans être influencé par des tiers, celle-ci n'aurait pas été susceptible de contestation puisque la Loi permet à l'Office de modifier sa procédure.

d Si le président Priddle et le vice-président Fredette avaient rencontré l'avocate de l'ONÉ le 29 juillet 1991 pour discuter la décision de la FERC et qu'ensuite le rapport de l'avocate avait été envoyé à tous les membres de l'ONÉ, une telle rencontre et l'avis qui aurait suivi auraient sans aucun doute relevé entièrement des pouvoirs accordés à l'ONÉ. À mon avis, cette manière de procéder aurait été conforme au mandat de l'ONÉ et elle aurait certainement été appropriée si l'avocate, dans son rapport, avait énoncé qu'ils avaient examinés le rapport de la FERC et qu'ils avaient décidé de ne pas réviser la décision de sa propre initiative, mais qu'ils attendraient plutôt que les compagnies en cause prennent l'initiative en application de l'article 21. Dans ce cas, nul n'aurait pu demander à la Cour d'intervenir. En effet, une telle intervention reviendrait manifestement à judicia-riser la procédure de l'ONÉ.

h En l'espèce, la véritable question en litige est la suivante: la réunion qui a effectivement été tenue le 29 juillet 1991 à l'initiative de M. Edge et à laquelle ont participé des représentants du groupe Coastal, RG&E et St. Clair justifie-t-elle l'intervention de la Cour, comme le prétend la requérante et comme le conteste les intimés? À mon sens, il faut répondre par l'affirmative vu que les deux parties ont reconnu que la Cour devait examiner les faits dans leur ensemble. Comme il a été mentionné précédemment, la décision de la FERC a été rendue le 9 juillet 1991 et dans la semaine qui a suivi, M. Edge a communiqué avec le président de l'ONÉ pour organiser une réunion avec des fonctionnaires de l'ONÉ le 23 juillet 1991. Or, la

April 23, 1980, (exhibit M to affidavit of Brown), addressed to all companies under the NEB's jurisdiction and specifically states:

If for any reason representatives of the industry subject to the Board's jurisdiction wish to meet with the Board or a member, a communication should be addressed to the Secretary outlining the purpose of the meeting and the topics to be discussed. The communication and the Secretary's response would form part of the Board's public record.

Mr. Edge would have been aware of that and also aware of the fact that he was in clear violation of them when he contacted the Chairman directly. I suspect that if it had been anyone other than Mr. Edge, Mr. Priddle would have pointed out to him that any such contact should be made through the Secretary. This was not put to Mr. Edge and it is not surprising given the fact that he had a long and distinguished career with the Board, and I suspect Mr. Priddle responded as most objective observers would expect him to and did not put this admonition to Mr. Edge.

Further, a NEB memorandum dated July 21, 1987 (exhibit B to affidavit of Brown), directed to all staff from the then acting Secretary provides in part that:

The Board has an obligation to make itself and its staff available for consultation with applicants on matters such as procedure, filing requirements, etc., but should never discuss the merits of a particular application or offer an opinion on the likelihood of success of an application, as these are matters upon which the Board must adjudicate and render a decision.

It is clear that Mr. Priddle and other Board members were apprehensive about a meeting before the NEB issued its reasons in respect of GH-1-91. In a letter dated August 30, 1991 to counsel for the applicant Mr. F. J. Morel, A/General Counsel, (exhibit R to affidavit of Brown), we found the following:

You are correct in assuming that Board members other than the Chairman and Vice Chairman of the Board were aware of the

politique et les règles de l'Office exigent que toutes les communications qui lui sont destinées soient adressées à la secrétaire. Cette politique est énoncée dans une lettre de l'ONÉ en date du 23 avril 1980 (Pièce M annexée à l'affidavit de Brown) adressée à toutes les compagnies qui relèvent de la compétence de l'ONÉ. Cette politique est libellée en ces termes:

[TRADUCTION] Si, pour quelque raison que ce soit, des représentants d'un secteur d'activité qui relève de la compétence de l'Office souhaitent rencontrer les membres de l'Office ou l'un d'eux, ils doivent s'adresser à la secrétaire en précisant le but de la réunion et les sujets qui y seront abordés. La demande et la réponse de la secrétaire font alors partie du dossier public de l'Office.

M. Edge devait connaître cette politique et devait également savoir qu'il y contrevenait manifestement lorsqu'il a communiqué directement avec le président. Or, si un autre que M. Edge avait tenté de communiquer avec lui de la sorte, je soupçonne que M. Priddle l'aurait informé qu'il devait passer par la secrétaire. M. Edge n'a pas été ainsi informé, ce qui n'est guère surprenant, au demeurant, puisqu'il avait longtemps occupé un poste important à l'Office. J'ai également l'impression que M. Priddle a réagi comme la plupart des gens auraient pu objectivement s'y attendre et qu'il n'a pas servi cet avertissement à M. Edge.

En outre, une note de service de l'ONÉ en date du 21 juillet 1987 (Pièce B annexée à l'affidavit de Brown), adressée à tout le personnel de la secrétaire par intérim de l'époque, prévoyait notamment ce qui suit:

[TRADUCTION] L'Office et son personnel sont tenus d'informer les requérants sur tout ce qui touche la procédure, les exigences en matière de dépôt et les autres questions de cet ordre mais ne doivent jamais discuter du fond d'une demande donnée ou offrir un avis sur l'issue de celle-ci puisqu'il s'agit là de questions sur lesquelles l'Office doit statuer.

Il est clair que M. Priddle et d'autres membres de l'Office craignaient de participer à une réunion avant que l'ONÉ ne prononce ses motifs à l'égard de la décision GH-1-91. Dans une lettre datée du 30 août 1991 adressée à l'avocat de la requérante, M^e F. J. Morel, avocat général adjoint, (Pièce R annexée à l'affidavit de Brown), nous avons relevé le passage suivant:

[TRADUCTION] Vous avez raison de présumer que des membres de l'Office autres que le président et le vice-président avaient

29 July meeting. However, I have ascertained that the opening paragraphs of the notes of the 29 July meeting that were provided to you, is [*sic*] not quite accurate when it refers to a brief discussion among members of the meeting prior to its taking place. In fact during an informal meeting of the Board that took place on 22 July 1991, the Chairman of the Board informed the members present at the meeting that Mr. C.G. Edge, acting on behalf of Coastal, had contacted the Administrative Assistant to the Chairman to request a meeting on 23 July with Board officials regarding the GH-1-91 decision. Members expressed the view that such a meeting could better take place after publication of the GH-1-91 reasons for decision on 25 July. The meeting requested by Mr. Edge was consequently postponed to 29 July 1991.

In my view it was wrong to have such a meeting unless Mr. Priddle was convinced that it was to discuss procedure only. The NEB has a powerful mandate and with it goes a heavy responsibility to be fair, not to favour one side to the detriment of the other, or not to seem to do so. A meeting to discuss procedure is appropriate, even, in my view, if held with only some of the participants and on the clear understanding that it is to discuss procedure only. Mr. Priddle had no way of knowing that they would be discussing other than procedure when he acquiesced to Mr. Edge's request for a meeting. However, upon receipt of the document handed in by Mr. Edge, entitled "Board Action", the Chairman, Vice-Chairman and counsel should have been aware that Mr. Edge was seeking more than procedural guidance. Secondly, members of the corporations expressed their negative reaction to the reasons that had been published by the Board. Other matters of substance were discussed and the introduction of any one of them should have been stopped or the meeting should have been cancelled. I will refer to these later.

Given the importance of this meeting, it is appropriate that the report prepared by counsel for the NEB be reproduced here, along with a document headed "Board Action" "which was used by Mr. Edge for his presentation" (exhibit C to affidavit of Brown).

connaissance de la réunion du 29 juillet. Cependant, j'ai appris que les paragraphes introductifs des notes prises au cours de la réunion du 29 juillet qui vous ont été fournies ne sont pas tout à fait exacts dans la mesure où il y est mentionné que les membres auraient discuté brièvement entre eux de la réunion avant que celle-ci n'ait lieu. En fait, au cours d'une réunion officieuse de l'Office qui a eu lieu le 22 juillet 1991, le président a informé les membres qui y étaient présents que M. C.G. Edge, agissant au nom de Coastal, avait communiqué avec l'adjoint administratif du président pour demander la tenue d'une réunion le 23 juillet avec des fonctionnaires de l'Office au sujet de la décision GH-1-91. Les membres ont affirmé qu'il serait plus opportun de tenir une telle réunion après la publication des motifs de la décision GH-1-91, le 25 juillet. Par conséquent, la réunion demandée par M. Edge a été remise au 29 juillet 1991.

À mon avis, il était inopportun de tenir une telle réunion si M. Priddle n'était pas convaincu qu'il y serait seulement question de procédure. L'ONÉ s'est vu confier un puissant mandat qui s'accompagne d'une lourde responsabilité d'agir équitablement, de ne pas favoriser une partie au détriment de l'autre et de ne pas donner cette impression. Il est à propos de tenir une réunion pour discuter de procédure et ce, à mon avis, même si quelques-unes des parties seulement y participent pourvu qu'il soit clairement entendu qu'il y sera question de procédure seulement. M. Priddle n'avait aucun moyen de savoir que des questions autres que la procédure seraient abordées lorsqu'il a acquiescé à la demande de M. Edge pour la tenue d'une réunion. Cependant, lorsqu'ils ont reçu le document que leur avait remis M. Edge, intitulé [TRADUCTION] «Mesures que devrait prendre l'Office», le président, le vice-président et l'avocate de l'Office auraient dû savoir que M. Edge cherchait à obtenir davantage que des directives en matière de procédure. De plus, les représentants des compagnies ont exprimé leurs réactions défavorables aux motifs publiés par l'Office. D'autres questions de fond ont été abordées. Or, il aurait fallu immédiatement cesser toute discussion à leur égard ou bien annuler la réunion. Je traiterai ces questions plus loin.

Vu l'importance de cette réunion, il convient de reproduire ci-dessous le rapport rédigé par l'avocate de l'ONÉ ainsi qu'un document intitulé [TRADUCTION] «Mesures que devrait prendre l'Office» [TRADUCTION] «lequel a été employé par M. Edge aux fins de sa présentation» (Pièce C annexée à l'affidavit de Brown).

Blackhorse Meeting 29 July 1991

Representations from Messrs. Geoff Edge (Consultant), Jim Cordes (President, Coastal), John Bergsma (VP, Union) and David Laniak (Senior VP, RG&E)

Messrs. Mr. Priddle and Fredette and Ms. Fowke in attendance.

Mr. Priddle said that with the decision and reasons now published, a meeting can now appropriately take place. It has no formal status in the Board's processes. He would however report back to Members on the meeting which had been briefly discussed among them.

After receiving their reaction to the reasons (not positive) Cordes pointed out that FERC has now found that Tennessee is not a viable alternative, as it was when the panel made its decision. In their view this is new information which results in changed circumstances.

RG&E reiterated its position that Tennessee is not an acceptable transportation supplier. Tennessee was not interested in the expansion until RG&E started to look at it itself and expressed interest in becoming a part owner. RG&E questioned whether Tennessee could provide service without construction.

The parties emphasized the need for the facilities so that cogens could get financing.

They pointed out that NYPSC and FERC made decisions on the NY market and to have them overturned by another regulatory body in another jurisdiction is unfortunate. Edge put forward the proposition that normally a regulatory body respects another regulatory body's decision. He suggested that in this instance the Board should give weight to where the other regulatory action is taking place. He noted that the bulk of the facilities are in the USA. Parties wondered whether the panel could have reached the same decision if the Tennessee option was not an option.

Bergsma contrasted the NEB decision with the favourable FERC decision on the St. Clair connecting facilities. He went on to discuss the market and how several parties will now be looking for US gas because Canadian gas would not give them competitive diversity. Sourcing through the US is cheaper than alternative Canadian arrangements. End users have to make their arrangements now because they don't have the luxury of waiting any longer. They need approved transport as well as firm gas supply.

Edge wondered how the Board could evaluate the Canadian public interest without knowing what the US decision is: there may be something that needs balancing against the US deci-

[TRADUCTION] Réunion du 29 juillet 1991 au sujet du projet «Blackhorse»

Observations de MM. Geoff Edge (conseil), Jim Cordes (président de Coastal), John Bergsma (v-p de Union) et David Laniak (v-p directeur de RG&E)

Étaient présents: MM. Priddle et Fredette, M^{me} Fowke.

M. Priddle a affirmé qu'une réunion pouvait être régulièrement tenue du fait que la décision et les motifs de celle-ci avaient été publiés. Selon lui, la réunion ne revêtait aucun caractère officiel en ce qui concerne la procédure de l'Office. Cependant, il s'est engagé à faire un compte rendu de la réunion aux autres membres, lesquels en avaient brièvement discuté entre eux.

Après avoir entendu leurs réactions (défavorables) aux motifs de la décision, M. Cordes a fait remarquer que la FERC avait conclu que Tennessee ne représentait pas un choix viable, contrairement à ce qui était le cas au moment où l'Office avait rendu sa décision. À leur avis, il s'agissait là de faits nouveaux.

RG&E a réitéré sa position selon laquelle Tennessee n'était pas un transporteur acceptable. Tennessee ne s'était pas intéressée à l'expansion tant que RG&E n'avait pas commencé à examiner cette possibilité elle-même et exprimé son intérêt de devenir un copropriétaire. RG&E s'est demandée si Tennessee pouvait fournir le service si, par ailleurs elle ne pouvait pas construire les installations.

Les parties ont insisté sur le besoin de construire les installations pour assurer le financement des compagnies.

Elles ont signalé que la NYPSC et la FERC avaient rendu des décisions à l'égard du marché new-yorkais et qu'il était malheureux qu'un organisme réglementaire dans un autre ressort rende une décision contradictoire. M. Edge a affirmé que normalement, un organisme de réglementation respectait la décision d'un homologue. Dans le présent cas, selon lui, l'Office devrait accorder de l'importance au lieu où était exercé l'autre mesure de réglementation. Il a fait remarquer que la plupart des installations étaient situées aux États-Unis. Les parties se sont demandées si l'Office aurait rendu la même décision si le projet de la compagnie Tennessee n'était plus susceptible d'être réalisé.

M. Bergsma a comparé la décision de l'ONÉ à la décision favorable de la FERC à l'égard des installations de jonction St. Clair. Il a ensuite abordé la question des marchés et a affirmé que plusieurs parties choisiraient maintenant de se procurer leur gaz des États-Unis puisque le gaz canadien ne serait plus concurrentiel. Selon lui, il est moins cher de s'approvisionner aux États-Unis qu'au Canada. Les consommateurs doivent choisir leur source d'approvisionnement tout de suite car ils ne peuvent plus se permettre d'attendre davantage. Ils ont besoin d'un moyen de transport autorisé ainsi qu'une offre ferme de gaz.

M. Edge s'est demandé comment l'Office pouvait évaluer l'intérêt public canadien sans connaître la décision américaine: selon lui, il y avait peut-être lieu de soupeser certains facteurs à

sion. He proposed that the Board initiate a review on its own motion to place the FERC decision on the record. This would save time which is of the essence. Edge's proposal is attached.

The members indicated that they did not think it likely that the Board would initiate a review on its own motion. It was agreed that the parties could submit a s. 21 application. Since a primary concern is timing they could request in that application that the review process be expedited: that the two-step process be done away with by the Board finding that there is *prima facie* evidence of changed circumstances and proceed directly to a review on the merits with a short (although fair) comment period.

There was, of course, no indication by members as to particular timing much less that the Board would go to an immediate review upon receiving an application. Fredette pointed out the importance of the applicants supplying a convincing explanation of the relevant FERC decision. (At the ANE dinner that evening, George Hugh indicated that TCPL has a review application in hand.)

BOARD ACTION:

- Initiate a review of the decision (s. 21(1)), of its own motion (s. 15(3)).
- A review under s. 21(1) is in the nature of an appeal. As such, it can be confined to the specific grounds giving rise to the review, without the need to reconsider the whole Blackhorse proceeding, and can be dealt with by the Board as a whole or a panel of its members.
- Take judicial notice of the FERC Decision, on the basis that it has, *inter alia*, denied certification of the alternative means by which the proposed markets can be served and has approved the Empire State Pipeline application.
- Notify parties that the Board will receive submissions on the issue of whether the FERC Decision is a changed circumstance that required review of the Blackhorse Decision and has, *inter alia*, rendered nugatory the Board's conclusion "that, through expansion of TransCanada's existing Niagara Line, the proposed markets can be served in a timely fashion by less expensive and environmentally superior means".
- Convene a proceeding on not more than two weeks' notice, to hear oral argument on this issue only.
- Alternatively, fix a two week period for written submissions.

la lumière de la décision américaine. Selon lui, l'Office devrait entreprendre une révision de sa propre initiative pour que la décision de la FERC soit consignée au dossier. En effet, le temps pressait, à son avis et cette mesure hâterait les choses. La proposition de M. Edge est annexée au présent rapport.

^a Les membres de l'Office ont affirmé qu'à leur avis, il était peu probable que celui-ci entreprît une révision de sa propre initiative. Il a été convenu que les parties pourraient présenter une demande fondée sur l'article 21. Puisque le temps pressait, elles pourraient demander à l'Office d'accélérer la procédure de révision, de dispenser de la procédure en deux étapes au motif qu'il existe une preuve *prima facie* de faits nouveaux et de procéder directement à une révision quant au fond où les parties disposeraient d'une période, courte mais équitable pour soumettre leurs commentaires.

^c Bien entendu, les membres n'ont pas précisé le temps que prendrait une telle procédure et ils n'ont pas affirmé, *a fortiori* que l'Office procéderait à une révision immédiate sur réception d'une demande. M. Fredette a signalé qu'il était important que les requérants fournissent une explication convaincante quant à la pertinence de la décision de la FERC. (Au cours du dîner de l'ANE le soir même, George Hugh a affirmé que la demande de TCPL était déjà rédigée).

MESURES QUE DEVRAIT PRENDRE L'OFFICE:

- Entreprendre une révision de la décision (art. 21(1)) de sa propre initiative (art. 15(3)).
- Une révision fondée sur l'art. 21(1) tient de la nature d'un appel. Comme tel, il est possible d'en limiter le cadre de manière à ce qu'elle porte uniquement sur les motifs particuliers qui y donnent lieu, sans qu'il ne soit nécessaire de réexaminer l'ensemble des procédures relatives au projet Blackhorse; elle peut être traitée par l'Office siégeant au complet ou par un comité de quelques-uns de ses membres.
- Prendre connaissance judiciaire de la décision de la FERC en tenant compte notamment du fait qu'elle a refusé d'autoriser les autres moyens par lesquels les marchés proposés pouvaient être approvisionnés et du fait qu'elle a autorisé la demande de «Empire State Pipeline».
- Aviser les parties que l'Office recevra leurs arguments sur la question de savoir si la décision de la FERC constitue un fait nouveau qui nécessite la révision de la décision «Blackhorse» et qu'elle a notamment rendu inopérante la conclusion de l'Office selon laquelle [TRADUCTION] «l'expansion du pipeline Niagara, déjà exploité par TransCanada permettra d'approvisionner les marchés proposés en temps utile par des moyens moins dispendieux et moins dommageables à l'environnement».
- Convoquer une audience après avoir donné un préavis d'au plus deux semaines pour entendre des plaidoiries orales sur cette question seulement.
- À titre subsidiaire, fixer une période de deux semaines pour recevoir des plaidoiries écrites.

- Indicate if possible this week whether the Board will initiate a review, so that a formal application for review, if necessary, can be made expeditiously.

Unhappily, as there were no minutes of the meeting, we have no way of knowing precisely who dominated the meeting or who may have made the representations and what emphasis was placed on the various representations made by the respondents.

We do know, however, that Mr. Priddle began the meeting by stating that with the decision and reasons now published, "A meeting can now appropriately take place." He put all on notice that this meeting did not have a formal status in the Board's processes but that he would report back to the members "on the meeting which had been briefly discussed among them."

Next, I was somewhat taken aback to hear that the respondents made, and the Chairman and Vice-Chairman heard, negative comments on the reasons for the decision. One could hardly expect that they would be positive but I think one is entitled to assume that this should hardly be an item on the agenda dealing with procedure. Apparently Mr. Cordes felt it necessary to point out the decision of FERC. In my view, this is offensive because the Board is deemed to be fully apprised of FERC's decisions and particularly one so intimately involved with the Board's own decision. Again, this is hardly the time, place, or manner in which the issue of changed circumstances should be raised. The substantive issue raised by RG&E is even more inappropriate in these circumstances, particularly when CNG and Tennessee are not present to rebut these comments. The other substantive issue made is that: "The parties emphasized the need for the facilities so that cogens could get financing."

Again, in the next paragraph, the respondents are pointing out further issues of substance, namely, that the NEB's decision was in conflict with NYPSC and FERC, that it was unfortunate, and that normally a

- Aviser, cette semaine si possible, si l'Office entreprendra une révision pour qu'une demande officielle de révision, si nécessaire, puisse être présentée rapidement.

Malheureusement, la réunion n'a fait l'objet d'aucun procès-verbal, de sorte que nous n'avons aucun moyen de savoir précisément qui l'a dominée, ni de connaître les auteurs des observations qui y ont été présentées ou l'importance qui aurait été accordée aux diverses observations des intimés.

Cependant, nous savons que M. Priddle a ouvert la réunion en affirmant que [TRADUCTION] «(celle-ci) pouvait être régulièrement tenue» du fait que la décision et les motifs de celle-ci avaient été publiés. Il a avisé tous les participants que cette réunion ne revêtait aucun caractère officiel en ce qui concernait la procédure de l'Office mais qu'il en ferait un compte-rendu aux autres membres [TRADUCTION] «lesquels en avaient brièvement discuté entre eux».

Ensuite, j'ai été plutôt stupéfait d'entendre que les intimés avaient fait des commentaires défavorables au sujet des motifs de la décision et que le président et le vice-président les avaient entendus. Certes, l'on ne pouvait s'attendre à ce qu'ils s'en déclarent satisfaits. Cependant, j'estime que l'on est en droit de présumer qu'il n'y avait certainement pas lieu à ce que cette question figure à l'ordre du jour d'une réunion en matière de procédure. Apparemment, M. Cordes croyait nécessaire de signaler la décision de la FERC. À mon avis, cette intervention était déplacée dans la mesure où l'Office est réputé être bien informé des décisions de la FERC, surtout une décision si étroitement liée à celle qu'avait lui-même rendu l'Office. Encore une fois, ce n'était ni le moment, ni l'endroit, ni la manière de soulever la question des faits nouveaux. La question de fond soulevée par RG&E était encore plus déplacée en l'occurrence, notamment parce que CNG et Tennessee n'étaient pas présentes pour réfuter ces commentaires. Les parties ont abordé une autre question de fond lorsqu'elles ont [TRADUCTION] «insisté sur le besoin de construire les installations pour assurer le financement des compagnies».

Encore une fois, au paragraphe suivant, les intimés soulèvent d'autres questions de fond, à savoir que la décision de l'ONÉ était en conflit avec celles de la NYPSC et de la FERC, que ceci était malheureux et

regulatory body respects another regulatory body's decision. Throughout that whole paragraph we in effect have Mr. Edge making the case, not only for a review, but also what conclusions should be reached by the Board given the fact that FERC and NYPSC have declared the Tennessee option was not an option. Mr. Bergsma, for his part, "went on to discuss the market and how several parties will now be looking for US gas because Canadian gas would not give them competitive diversity. Sourcing through the US is cheaper than alternative Canadian arrangements." This whole paragraph indicates once again that the meeting was replete with substantive issues. Then we read where Mr. Edge wondered how the Board could evaluate the Canadian public interest without knowing what the United States decision was and then made the substantive point that the Board should review on its own volition.

It is also clear that a decision was taken by the Board, namely, that they would not be initiating a review on their own volition and then went on to suggest or recommend or point out the most expeditious way of getting the respondents' point of view across.

And finally we hear from Mr. Fredette that it is important for the applicants to supply a convincing explanation of the relevant FERC decision. This may have been obvious, as suggested by the respondents, but when the Vice-Chairman says it, it pretty well drives it home. The Chairman and the Vice-Chairman, and possibly counsel if she was consulted, reached the conclusion that the FERC decision was not a changed circumstance which would move them to review their decision on their own volition. They were not satisfied, and Mr. Fredette said that it was important that the applicants supply a convincing explanation of the relevant FERC decision.

There can be no question that this meeting and the conduct of it were unfair to the applicant and others. Of real concern to me are the following:

que normalement un organisme de réglementation respectait la décision d'un homologue. Tout au long de ce paragraphe, M. Edge se trouve en fait à présenter des arguments en faveur d'une révision et même les conclusions auxquelles l'Office devrait arriver vu que la FERC et la NYPSC avaient déclaré que le projet de Tennessee n'aurait pas lieu. Pour sa part, M. Bergsma a [TRADUCTION] «ensuite abordé la question des marchés et a affirmé que plusieurs parties choisiraient maintenant de se procurer leur gaz des États-Unis puisque le gaz canadien ne serait plus concurrentiel. Il serait moins cher de s'approvisionner aux États-Unis qu'au Canada». Tout ce paragraphe montre encore une fois que plusieurs questions de fond avaient été abordées au cours de cette réunion. Nous lisons ensuite que M. Edge s'était demandé comment l'Office pouvait évaluer l'intérêt public canadien sans connaître la décision américaine et qu'il a ensuite soulevé la question de fond selon laquelle l'Office devrait entreprendre une révision de sa propre initiative.

Il est également clair que l'Office a rendu une décision, à savoir qu'il ne devrait pas entreprendre une révision de sa propre initiative. Il a ensuite suggéré, recommandé ou signalé aux intimés la manière la plus rapide de faire valoir leur position.

Enfin, M. Fredette signale qu'il serait important que les requérants fournissent une explication convaincante quant à la pertinence de la décision de la FERC. Comme l'ont suggéré les intimés, cela allait peut-être de soi. Cependant, venant de la part du vice-président, cette évidence tenait davantage d'un conseil qu'ils auraient intérêt à suivre. Le président, le vice-président et peut-être l'avocate de l'Office, dans l'hypothèse où elle avait été consultée, en sont arrivés à la conclusion que la décision de la FERC ne représentait pas un fait nouveau qui pourrait les inciter à réviser leur décision de leur propre initiative. Ils n'étaient pas convaincus, si bien que M. Fredette a affirmé qu'il était important que les requérants fournissent une explication convaincante quant à la pertinence de la décision de la FERC.

Il est indéniable que cette réunion et son déroulement étaient inéquitables à l'égard de la requérante et d'autres. Je suis notamment troublé par les faits suivants:

1. Mr. Edge did not contact the Board through the Secretary but went directly to the Chairman, which was clearly contrary to rules and policy of the Board, and Mr. Edge knew it.
 2. Mr. Edge had requested a meeting which would have been held under his timetable before the reasons for the order came out, seemingly an indication that they wanted to have some impact on the reasons and in all likelihood on the decision itself.
 3. This was a meeting where significant, substantive issues were discussed and arguments advanced by the respondents in support of their strongly held views.
 4. If the respondents wanted to know whether the FERC decision represented a changed circumstance which would move the Board to act under its own volition, a letter, through the Secretary, would have been sufficient to secure that information. It was inappropriate in my view to advance ideas about why they should do so and more particularly that it was done at this meeting.
 5. If anything, the respondents made the obvious point that matters were in a mess as a result of two different decisions from two different tribunals. However, they then argued or represented that the NEB decision was the decision to be reviewed.
 6. When the Board indicated it had decided to conduct a review, it stated that it was acceding to the "applicants' arguments" but as counsel for CNG pointed out, were these arguments made at the meeting or were they made on the application, or both?
 7. The respondents left that meeting in the full knowledge that if they wanted a review they would have to initiate it themselves and also that they had to come up with a convincing explanation of the relevant FERC decision. They also had good reason to believe the process would be expedited, i.e., "proceed directly to a review on the merits with a short (although fair) comment period."
1. M. Edge n'a pas communiqué avec l'Office en s'adressant à la secrétaire. Il est plutôt entré directement en rapport avec le président, ce qui était manifestement contraire aux règles et aux politiques de l'Office, au su de M. Edge.
 2. M. Edge avait demandé la convocation d'une réunion et il avait souhaité qu'elle fût tenue avant la publication des motifs de l'ordonnance, ce qui semble indiquer qu'il voulait influencer les motifs et, vraisemblablement, la décision elle-même.
 3. D'importantes questions de fond ont été abordées au cours de cette réunion et les intimés y ont soulevé des arguments au soutien de leurs positions fermement arrêtées.
 4. Si les intimés voulaient savoir si la décision de la FERC représentait un fait nouveau qui pourrait inciter l'Office à agir de sa propre initiative, une lettre adressée à la secrétaire aurait suffi pour obtenir ce renseignement. À mon avis, il était inopportun d'exposer les raisons pour lesquelles il devrait le faire, particulièrement que cela ait été fait à cette réunion.
 5. Dans un premier temps, les intimés ont signalé que la situation était confuse du fait que deux tribunaux avaient rendu des décisions contradictoires, ce qui était l'évidence même. Cependant, ils ont ensuite présenté des arguments ou des observations selon lesquels il revenait à l'ONÉ de réviser sa décision.
 6. Lorsque l'Office a fait savoir qu'il avait décidé d'entreprendre une révision, il a affirmé qu'il faisait droit aux arguments des requérants; cependant, comme l'ont signalé les avocats de CNG, l'Office ne précise pas s'il s'agissait des arguments présentés à la réunion, ceux qui figuraient dans la demande ou des deux.
 7. Lorsqu'ils ont quitté cette réunion, les intimés savaient fort bien que s'ils voulaient une révision, ils devraient en prendre l'initiative eux-mêmes et qu'ils devraient également fournir une explication convaincante quant à la pertinence de la décision de la FERC. Ils avaient aussi de bonnes raisons de croire que les procédures seraient accélérées, c'est-à-dire que l'Office [TRADUCTION] «procéder(ait) directement à une révision quant au fond où les parties disposeraient

8. The counsel's report was not sent to any of the parties, and only received by CNG August 22, 1991 (exhibit L) after Mr. Smellie's letter of 15 August 1991 (Exhibit K). The respondents made the point that nothing was secret and it was always available to the applicant if asked for. Here one cannot ask for something one doesn't know exists.

All of which can be described at best as an "extremely indiscreet mode of proceeding."

In light of the circumstances noted above, including the fact that the NEB had been on notice that TransCanada was likely to file a review application, I agree with the applicant that a reasonably informed person could envisage that the NEB was going to be asked at some point to make some decision and that there was some risk that the information discussed at the meeting could possibly find its way into such a decision.

After reviewing the arguments, I agree with the respondents that NEB members should not be precluded from meeting with members of the "industry" and that a reasonable apprehension of bias is not automatically triggered as a result of preliminary discussions or meetings. Clearly a situation where a party whose application for pipeline construction has been granted meets with NEB members to discuss when pipeline construction can commence would not warrant and should not warrant judicial interference. However, in the case before me we have a number of extraordinary circumstances which have raised a number of concerns and which I feel warrant intervention. As such, a determining factor in my coming to this decision was the context of and the overall substance of what transpired, bearing in mind the NEB's mandate as well as its policies and procedures. This was not merely a situation where an NEB member participated in a preliminary meeting of a procedural or investigative nature. Instead, we have a situation where the NEB is on notice that the "losing party" would be filing an application for a review; the Chairman and Vice-Chairman meet with certain pipeline representatives who make up the "losing

d'une période, courte mais équitable pour soumettre leurs commentaires».

8. Le rapport de l'avocate de l'ONÉ n'a pas été envoyé aux parties. CNG ne l'a reçu que le 22 août 1991 (Pièce L), soit après la lettre de M^e Smellie du 15 août 1991 (Pièce K). Les intimés ont plaidé que cette lettre n'avait rien de secret et que la requérante aurait toujours pu se la procurer si elle l'avait demandée. Il est toutefois impossible de demander une chose dont on ignore l'existence, comme en l'espèce.

Dans l'ensemble, la procédure suivie par l'ONÉ peut être qualifiée, au mieux, d'«extrêmement indiscreète».

À la lumière de ce qui précède, notamment le fait que l'ONÉ avait été avisé que TransCanada allait vraisemblablement déposer une demande de révision, je souscris à la thèse de la requérante selon laquelle une personne raisonnablement informée pouvait envisager que l'ONÉ allait être appelé, à un moment donné, à rendre une décision et qu'il y avait un risque que les sujets abordés pendant la réunion pouvaient peut-être influencer sur celui-ci.

Après avoir examiné les arguments qui m'ont été présenté, je partage l'avis des intimés selon lesquels il ne devrait pas être interdit aux membres de l'ONÉ de rencontrer des représentants du secteur d'activité en cause et des discussions ou réunions préliminaires ne suscitent pas automatiquement de crainte raisonnable de partialité. Manifestement, une intervention judiciaire n'est pas justifiée dans un cas où la partie dont la demande de construction de pipelines a été accordée rencontre les membres de l'ONÉ pour discuter du moment où les travaux peuvent commencer. Cependant, en l'espèce, plusieurs faits extraordinaires amènent des questions suffisamment troublantes pour justifier l'intervention de la Cour, à mon avis. Ainsi, un des facteurs décisifs qui m'a amené à statuer en ce sens a été le contexte de cette rencontre et son contenu dans l'ensemble, eu égard au mandat de l'ONÉ, ses politiques et ses procédures. Il ne s'agissait pas simplement d'un cas où un membre de l'ONÉ avait participé à une réunion préliminaire en matière de procédure ou ayant pour objet de recueillir des renseignements. Il s'agissait plutôt d'une situation dans laquelle l'ONÉ avait été avisé que la «partie perdante» déposerait une demande de révision. Le

parties”; this meeting is arranged through direct contact by the former Chairman, who is now acting on behalf of one of the pipeline companies, with the Chairman, which is contrary to the rules and policy of the NEB; significant and substantive issues are discussed; arguments are advanced in support of representatives’ position and ideas are advanced as to how the NEB should proceed, i.e., that the NEB should initiate a review on its own volition. A few days later an application for review is filed and shortly after that the NEB decides to conduct a review and states that it has acceded to the applicants’ (in the section 21 application) arguments.

Clearly the July 29 meeting and how it was conducted were unfair to the applicant and others involved in the original proceeding. Further, in the circumstances I do not think that the applicant and other interested parties can be said to have had a reasonable or fair opportunity to address the issue of whether the review should even take place.

I am also of the view that Messrs. Priddle and Fredette’s participation in the July 29 meeting, given what was discussed at this meeting and their participation in the August 9 decision to proceed with a review of the GH-1-91 decision, gives rise to a reasonable apprehension of bias which a reasonably well-informed person could properly have, of a biased appraisal and judgment of the issue.

Therefore, for the reasons noted above, the application for *certiorari* will be granted quashing the decision of the NEB, dated August 9, 1991, to proceed with an internal review of the NEB decision dated July 4, 1991 in respect of Hearing Order GH-1-91.

With respect to the application for prohibition, on the basis of the evidence I cannot find that the named members of the NEB, other than Messrs. Priddle and Fredette, should be prohibited from participating in

président et le vice-président de l’Office ont rencontré certains représentants des compagnies de pipelines qui comptaient parmi les «parties perdantes». Cette réunion avait été tenue après que l’ancien président, qui agit maintenant pour le compte d’une des compagnies de pipelines, a communiqué directement avec le président, ce qui est contraire aux règles et aux politiques de l’ONÉ. Des questions de fond importantes ont été abordées au cours de cette réunion. Les représentants ont soulevé des arguments au soutien de leur position, en plus d’avancer des idées sur la manière dont l’ONÉ devrait procéder, c’est-à-dire entreprendre une révision de sa propre initiative. Quelques jours plus tard, ils ont déposé une demande de révision et peu de temps après, l’ONÉ a décidé d’y donner suite et a affirmé qu’il avait accueilli les arguments des auteurs de la demande fondée sur l’article 21.

Manifestement, la réunion du 29 juillet et la manière dont elle s’est déroulée étaient inéquitable à l’égard de la requérante et d’autres parties à l’instance originale. De plus, en l’espèce, je ne crois pas que l’on puisse dire que la requérante et les autres parties intéressées ont eu une occasion raisonnable ou équitable de se prononcer sur l’opportunité de la révision.

Je suis également d’avis que la participation de MM. Priddle et Fredette à la réunion du 29 juillet, compte tenu de ce qui y a été discuté et leur participation à la décision du 9 août de procéder à la révision de la décision GH-1-91, peut susciter, chez une personne raisonnablement bien informée, une crainte raisonnable que cette question sera évaluée et jugée avec partialité.

En conséquence, pour les motifs énoncés ci-dessus, la Cour décernera un bref de *certiorari* annulant la décision de l’ONÉ, en date du 9 août 1991, de procéder à une révision administrative de sa propre décision en date du 4 juillet 1991 à l’égard de l’ordonnance d’audience GH-1-91.

En ce qui a trait à la demande de prohibition, vu la preuve, je ne puis conclure qu’il y a lieu d’interdire aux membres nommés de l’ONÉ autres que MM. Priddle et Fredette de participer à une révision de la

any review or rehearing of the July 4, 1991 decision. I agree with the respondents' position that the issuance of a writ of prohibition against the other NEB members would not be appropriate in the circumstances. Therefore, prohibition will be granted prohibiting Messrs. Priddle and Fredette from participating in any review or rehearing of the July 4, 1991 decision in respect of Hearing Order GH-1-91.

The applicant is entitled to its costs.

décision du 4 juillet 1991 ou de procéder à une nouvelle audition de l'affaire. Je souscris à l'argument des intimés selon lequel il ne serait pas opportun en l'espèce de décerner un bref de prohibition contre les autres membres de l'ONÉ. En conséquence, la Cour décernera un bref de prohibition interdisant à MM. Priddle et Fredette de participer à toute révision de la décision du 4 juillet 1991 à l'égard de l'ordonnance d'audience GH-1-91 ou de procéder à une nouvelle audition de l'affaire.

La requérante a droit à ses dépens.

T-3188-90

The Pulp, Paper and Woodworkers of Canada Local 8, Kenneth Jupe, on his own behalf and on behalf of all members of the PPWC, Local 8 (Applicants)

v.

Minister of Agriculture, Pesticides Directorate of Agriculture Canada (Respondent)

and

Buckman Laboratories of Canada Ltd. (Intervenor)

INDEXED AS: PULP, PAPER AND WOODWORKERS OF CANADA LOCAL 8 v. CANADA (MINISTER OF AGRICULTURE) (T.D.)

Trial Division, Martin J.—Vancouver, May 30; Ottawa, November 4, 1991.

Judicial review — Prerogative writs — Certiorari — Application to quash registration of pesticide under Pest Control Products Regulations, ss. 13, 18 — Use of pesticide discontinued but registration extended — Whether union lacking standing and application moot — Live controversy still existing — Minister entitled to act through departmental officials under Regulations, s. 18 — Government official failing to consider whether information provided to Minister sufficient to enable pesticide to be properly evaluated and whether use of same unacceptable risk to public health — Unreasonable findings by official based on previous registrations and absence of change in active ingredient — In circumstances, Minister having no authority to cause pesticide to be registered — Doctrine of legitimate or reasonable expectation applicable.

Hazardous products — Anti-sapstain product used in lumber industry — Application for certiorari resulting from complaints union members suffering ill effects due to use of product — Case not moot as use discontinued but registration extended — Live controversy still existing between parties — Pest Control Products Act designed to protect public health against potentially dangerous control products — Agriculture Minister lacking power to register product where departmental official's evaluation inadequate.

This was an application for *certiorari* to quash the registration of the pesticide *Busan 30WB* made under sections 13 and 18 of the *Pest Control Products Regulations*. This application

T-3188-90

Les Travailleurs des pâtes, des papiers et du bois du Canada, Section locale 8, Kenneth Jupe, en son nom propre et au nom de tous les membres des TPPBC, Section locale 8 (requérants)

c.

Ministre de l'Agriculture, Direction des pesticides d'Agriculture Canada (intimé)

et

Buckman Laboratories of Canada Ltd. (intervenante)

RÉPERTORIÉ: TRAVAILLEURS DES PÂTES, DES PAPIERS ET DU BOIS DU CANADA, SECTION LOCALE 8 c. CANADA (MINISTRE DE L'AGRICULTURE) (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Martin—Vancouver, 30 mai; Ottawa, 4 novembre 1991.

Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — Certiorari — Recours en annulation de l'enregistrement d'un pesticide sous le régime des art. 13 et 18 du Règlement sur les produits antiparasitaires — Le pesticide en cause n'est plus utilisé mais son enregistrement a été prorogé — Il échet d'examiner si le syndicat a qualité pour agir et si la demande n'a plus de valeur pratique — Litige toujours actuel — L'art. 18 du Règlement habilite le ministre à agir par l'intermédiaire des fonctionnaires du Ministère — Le fonctionnaire responsable n'a pas examiné si les renseignements fournis au ministre étaient suffisants pour permettre d'évaluer convenablement le pesticide et si l'utilisation de ce dernier représentait un risque inacceptable pour la santé du public — Caractère déraisonnable des conclusions de ce fonctionnaire basées sur des enregistrements antérieurs et sur le fait que l'ingrédient actif est resté le même — Dans ces conditions, le ministre n'avait pas le pouvoir d'accorder l'enregistrement du pesticide — Applicabilité de la doctrine de l'attente légitime ou raisonnable.

Produits dangereux — Produit anti-tache utilisé dans l'industrie du bois — Recours en certiorari faisant suite aux plaintes des membres du syndicat qui souffraient des effets néfastes de l'utilisation du produit — La cause n'est pas devenue théorique puisque si le produit n'est plus utilisé, son enregistrement a été prorogé — Il existe toujours un litige actuel entre les parties — La Loi sur les produits antiparasitaires a pour objet de protéger la population de produits antiparasitaires qui pourraient être dangereux — Le ministre de l'Agriculture n'a pas le pouvoir d'enregistrer un produit qui n'a pas été convenablement évalué par les fonctionnaires du Ministère.

Il y a en l'espèce recours en *certiorari* pour annuler l'enregistrement du pesticide *Busan 30WB* sous le régime des articles 13 et 18 du *Règlement sur les produits antiparasitaires*.

was triggered by numerous complaints made by the applicant union whose members claimed to have suffered ill effects resulting from the use of this product in 1988. Manufactured by the intervenor, Buckman Laboratories of Canada Ltd., *Busan 30WB* is an anti-sapstain product used in the lumber industry to prevent discoloration in non-kiln dried wood caused by fungi. Although its use was discontinued as of May 6, 1991, its registration is still in force and has in fact been extended to December 31, 1995. As preliminary matters, the respondent raised the issues of standing of the applicant union and whether the application was moot in that the pesticide was no longer in use. The applicants argued that the Minister of Agriculture exceeded his jurisdiction in causing the control product *Busan 30WB* to be registered.

Four issues had to be addressed: 1) whether the union had standing; 2) whether the application was moot; 3) whether there had been an illegal delegation of a quasi-judicial or discretionary decision-making power to grant pesticide registration and 4) whether the Minister exceeded his jurisdiction in failing to consider the sufficiency of the information necessary for evaluating the pesticide or whether its use would lead to an unacceptable risk of harm to the public, in making those decisions before receiving the information required to make them in a reasonable manner, and in making those decisions in the absence of consultation with other federal and provincial authorities.

Held, the application should be granted.

1) There was no merit in the argument that the union is a legal entity only for the purposes of the British Columbia *Industrial Relations Act* and since these proceedings are not under that Act, it cannot be considered as a legal entity for the purposes of standing. The status of unions as legal entities capable of suing and being sued was put to rest long ago by the Supreme Court of Canada which determined that they were.

2) The doctrine of mootness and its consequences was canvassed recently by the Supreme Court of Canada which stated that a case is moot when no present live controversy exists which affects the rights of the parties. And there is no live controversy if the sub-stratum of the litigation has disappeared. In the present case, the pesticide being still registered at the time of the hearing and registration having been extended to December 31, 1995, there was a live controversy affecting the rights of the parties since it can legitimately be used by the employer at any time prior to that date if it chooses to do so. To dismiss this application on the ground of mootness could result in the employer using the pesticide once again and breathing life into a controversy which, according to the respondent, is dead. The controversy is not over the use or non-use of the pesticide by any particular employer but whether it should have been registered in the first instance. Because there still exists a live controversy between the parties, the matter cannot be said to be moot.

Cette demande fait suite à un grand nombre de plaintes formulées par le syndicat requérant dont les membres se plaignaient des effets néfastes de l'utilisation de ce produit en 1988. Fabriqué par l'intervenante Buckman Laboratories of Canada Ltd., le *Busan 30WB* est un produit utilisé dans l'industrie du bois pour prévenir les taches de sève qui provoquent, sous l'influence de champignons, des changements de coloration du bois non séché en étuve. Bien que le produit ne fût plus utilisé dès le 6 mai 1991, son enregistrement est toujours en vigueur et a été en fait prorogé au 31 décembre 1995. À titre de questions préliminaires, l'intimé a fait valoir deux fins de non-recevoir visant la qualité pour agir du syndicat et la valeur pratique de la demande. De leur côté, les requérants soutiennent que le ministre a excédé sa compétence en accordant l'enregistrement du produit *Busan 30WB*.

Il échet d'examiner: 1) si le syndicat a qualité pour agir; 2) si la demande n'a aucune valeur pratique; 3) s'il y a eu délégation illégale du pouvoir de décision quasi judiciaire ou discrétionnaire d'accorder l'enregistrement du pesticide en cause; et 4) si le ministre a excédé sa compétence, par ces motifs qu'il n'a pas examiné si les renseignements fournis étaient suffisants pour permettre d'évaluer le produit ou si l'utilisation en comportait un risque inacceptable pour le public, qu'il a pris sa décision en la matière avant de recevoir les renseignements nécessaires pour tirer une conclusion raisonnable, et qu'il a pris cette décision sans avoir consulté les autres autorités compétentes fédérales et provinciales.

Jugement: la demande devrait être accueillie.

1) Rejet de l'argument voulant que le syndicat requérant n'ait la personnalité juridique que dans le cadre de la loi dite *Industrial Relations Act* de la Colombie-Britannique et que cette instance n'ayant pas été intentée sous le régime de cette loi, le syndicat ne puisse être considéré comme une entité juridique ayant qualité pour y participer. La question de la qualité pour ester en justice des syndicats a été tranchée depuis longtemps par la Cour suprême du Canada, qui a conclu en leur faveur.

2) La doctrine du caractère théorique du litige et de ses conséquences a été récemment analysée par la Cour suprême du Canada qui a jugé que la cause est considérée comme théorique s'il ne reste plus de litige actuel qui puisse modifier les droits des parties. Et qu'il ne reste plus de litige actuel si ce qui sous-tend le litige a disparu. En l'espèce, le pesticide étant toujours enregistré à la date de l'audience et l'enregistrement ayant été prorogé au 31 décembre 1995, il y avait un litige actuel qui pourrait modifier les droits des parties puisque le produit peut être légitimement utilisé par l'employeur à tout moment avant cette dernière date s'il le veut. Rejeter la demande par ce motif que le litige est devenu théorique signifierait que l'employeur pourrait un jour utiliser de nouveau ce pesticide et ressusciter la controverse qui, aux dires de l'intimé, a cessé d'exister. Cette controverse ne porte pas sur l'utilisation du pesticide, mais sur la question de savoir si son enregistrement était justifié en premier lieu. Puisqu'il y a toujours un litige actuel entre les parties, on ne peut pas dire que la question est devenue théorique.

3) The distinction between the functions of the Minister and the Director in the registration process under sections 13 and 18 of the Regulations does not necessarily mean that the Minister must address his mind personally to the matters upon which his opinion is required. In forming the opinion required by section 18, the Minister is entitled to act through his departmental officials. That is not to say that the opinions as to the sufficiency of the evidence and the acceptability of risk of harm to the public need not be addressed but only that they need not be addressed by the Minister personally. As nothing in the legislation or Regulations would expressly or implicitly prohibit the exercise of the discretionary powers vested in the Minister by his departmental organization and as these powers are administrative in nature, they may properly be exercised by those who did in fact exercise them.

4) In causing the control product *Busan 30WB* to be registered, the Minister exceeded his authority in three different ways. First, he failed to address his mind to the first step of the registration process, namely to determine the sufficiency of the information so as to permit the product's evaluation or assessment. The respondent, through its departmental officer, Clifford Ralph, could not conclude that, because the chemical TCMTB was the active ingredient of two other anti-sapstain products, *Busan 1030* and *Busan 30*, which had already been registered, and therefore already assessed or evaluated, it was pointless to re-assess or re-evaluate *Busan 30WB*, the only significant change being the substitution of a water base for petroleum as used in the other two pesticides, which substitution did not increase the risk of harm. Ralph was not entitled to rely upon the previous registrations as establishing the sufficiency of the information for the purpose of assessing or evaluating *Busan 30WB*. Because he did not address the question of the sufficiency of the information which was a condition precedent to the exercise of the Minister's discretion as to whether to register the control product, the Minister exceeded his authority in causing that control product to be registered.

Moreover, even if the Minister addressed his mind to the appropriate question, he nevertheless exceeded his authority in exercising his discretion to cause *Busan 30WB* to be registered because the sufficiency decision was patently in error. Ralph knew or ought to have known that in order to properly assess or evaluate *Busan 30WB* in 1985 or in 1988, when registration took place, a complete data package would be required. Likewise he knew or ought to have known that when TCMTB had been assessed or evaluated for the registration of *Busan 30* or *Busan 1030*, it was assessed or evaluated on the basis of information provided which was insufficient to enable a proper assessment or evaluation of TCMTB in 1988. Ralph therefore could not reasonably have concluded that the information provided in relation to the registration of *Busan 30WB* was sufficient, in 1988, to enable a proper evaluation of the product to be made. The *Pest Control Products Act* was designed to protect the health of the general public from the impact of control products that may be dangerous. That purpose was also reflected in the *Registration Guidelines* and in a pamphlet issued by Agriculture Canada in 1985 and entitled *Pesticides in Perspective*.

3) La distinction entre les fonctions du ministre et celles du directeur dans le processus d'enregistrement prévu aux articles 13 et 18 du Règlement ne signifie pas nécessairement que le premier doit examiner personnellement les questions sur lesquelles il doit former une opinion. Il peut former cette opinion comme le requiert l'article 18 par l'intermédiaire des fonctionnaires de son Ministère. Cela ne veut pas dire qu'il n'est pas nécessaire de former une opinion sur le caractère suffisant des renseignements fournis ou sur le risque pour la santé de la population, mais seulement qu'il n'est pas nécessaire que le ministre le fasse en personne. Étant donné que ni la loi ni le règlement n'interdit expressément ou implicitement l'exercice par le Ministère des pouvoirs dont est investi le ministre et que ces pouvoirs sont de nature administrative, ils peuvent parfaitement être exercés par ceux qui les ont exercés en l'espèce.

4) En accordant l'enregistrement du produit *Busan 30WB*, le ministre a excédé sa compétence à trois égards. En premier lieu, il a négligé la première étape du processus d'enregistrement qui consiste à vérifier si les renseignements fournis sont suffisants pour permettre d'évaluer le produit. Il n'appartenait pas à l'intimé de conclure, par son collaborateur Clifford Ralph, que, le composé chimique TCMTB étant l'ingrédient actif de deux autres produits anti-tache, le *Busan 1030* et le *Busan 30*, qui avaient été déjà enregistrés, donc déjà évalués, il ne servirait à rien de réévaluer le *Busan 30WB*, dans lequel le seul changement notable était la substitution de l'eau au distillat du pétrole utilisé dans les deux autres pesticides, et que ce changement n'ajoutait pas au risque pour la santé. Ralph n'avait pas le droit de se fonder sur les enregistrements antérieurs pour conclure qu'il avait suffisamment de renseignements pour évaluer le *Busan 30WB*. Puisqu'il n'a pas instruit la question de savoir si les renseignements fournis étaient suffisants, condition nécessaire de l'exercice par le ministre de son pouvoir discrétionnaire d'accorder ou de refuser l'enregistrement du produit antiparasitaire, le ministre a excédé sa compétence lorsqu'il a exercé ce pouvoir pour permettre l'enregistrement du produit en cause.

Le ministre eût-il examiné la question qu'il convenait d'examiner, il a quand même excédé sa compétence lorsqu'il a exercé son pouvoir discrétionnaire pour permettre l'enregistrement du *Busan 30WB* puisque la conclusion relative au caractère suffisant des renseignements fournis était manifestement erronée. Ralph savait ou devait savoir qu'une évaluation convenable du *Busan 30WB* en 1985 ou en 1988, année où eut lieu l'enregistrement, exigeait un dossier complet de données. De même, il savait ou devait savoir qu'au moment où le TCMTB fut évalué en vue de l'enregistrement du *Busan 30* ou du *Busan 1030*, cette évaluation se faisait sur la base de renseignements fournis qui n'étaient pas suffisants pour permettre d'évaluer convenablement ce même composé TCMTB en 1988. Il s'ensuit que Ralph ne pouvait raisonnablement conclure que les renseignements fournis en vue de l'évaluation du *Busan 30WB* étaient suffisants, en 1988, pour permettre de l'évaluer convenablement. La *Loi sur les produits antiparasitaires* a pour objet de protéger la population de produits antiparasitaires qui pourraient être dangereux. Cet objet s'exprime encore par le *Guide d'homologation* et par une brochure publiée en 1985 par Agriculture Canada sous le titre *Les pesticides en perspective*.

Finally, the applicants were entitled to invoke the doctrine of legitimate or reasonable expectation as outlined by the Federal Court of Appeal in *Bendahmane v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*. Agriculture Canada's undertaking to have Health and Welfare participate in the decision-making process of ensuring the safety and effectiveness of a pesticide before it was made available to the public created in the applicants a legitimate or reasonable expectation that this procedure would be followed. The mere request for Health and Welfare's views and comments did not amount to compliance with that procedural undertaking. In registering the pesticide without considering those views, Agriculture Canada denied the reasonable expectation of the applicants that Health and Welfare would be included in the decision-making process. Therefore, the Minister exceeded his authority or acted without authority in registering *Busan 30WB* in the absence of Health and Welfare's participation.

Enfin, les requérants ont invoqué à juste titre la doctrine de l'attente légitime ou raisonnable, évoquée par la Cour d'appel fédérale dans *Bendahmane c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*. L'engagement pris par Agriculture Canada de faire participer Santé et Bien-être Canada aux décisions pour garantir l'innocuité et l'efficacité d'un pesticide avant sa mise en marché a créé chez les requérants l'attente légitime ou raisonnable que cette procédure serait suivie. Une simple invitation faite à Santé et Bien-être Canada de donner son avis n'équivaut pas à l'observation de cet engagement en matière de procédure. En enregistrant le pesticide sans avoir pris cet avis en considération, Agriculture Canada a frustré l'attente raisonnable des requérants que Santé et Bien-être Canada participerait à la prise de décision. Le ministre a donc excédé ses pouvoirs ou sa compétence en enregistrant le *Busan 30WB* sans la participation de ce dernier Ministère.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46.
Industrial Relations Act, R.S.B.C., 1979, c. 212 (as am. by S.B.C. 1987, c. 24, s. 1), s. 147.
Pest Control Products Act, R.S.C., 1985, c. P-9, ss. 4, 5.
Pest Control Products Regulations, C.R.C., c. 1253, ss. 9(2)(a), 13(1) (as am. by SOR/88-109, s. 6(1)), (2),(3) (as am. *idem*, s. 6(2)), 18(a) (as am. *idem*, s. 8), (b),(c),(d), 19.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Code criminel, L.R.C. (1985), chap. C-46.
Industrial Relations Act, R.S.B.C., 1979, chap. 212 (mod. par S.B.C. 1987, chap. 24, art. 1), art. 147.
Loi sur les produits antiparasitaires, L.R.C. (1985), chap. P-9, art. 4, 5.
Règlement sur les produits antiparasitaires, C.R.C., chap. 1253, art. 9(2)a), 13(1) (mod. par DORS/88-109, art. 6(1)), (2),(3) (mod. *idem*, art. 6(2)), 18a) (mod. *idem*, art. 8), b),c),d), 19.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Borowski v. Canada (Attorney General), [1989] 1 S.C.R. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75 Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110; *The King ex rel. Tolfree v. Clark et al.*, [1944] S.C.R. 69; [1944] 1 D.L.R. 495.

APPLIED:

International Brotherhood of Teamsters v. Therien, [1960] S.C.R. 265; (1960), 22 D.L.R. (2d) 1; 60 CLLC 15,273; *Ahmad v. Public Service Commission*, [1974] 2 F.C. 644; (1974), 51 D.L.R. (3d) 470; 6 N.R. 287 (C.A.); *Monsanto Canada Inc. v. Minister of Agriculture* (1986), 8 C.P.R. (3d) 517; 1 F.T.R. 63 (F.C.T.D.); *Bendahmane v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 3 F.C. 16; (1989), 61 D.L.R. (4th) 313; 26 F.T.R. 122 (note); 8 Imm. L.R. (2d) 20; 95 N.R. 385 (C.A.).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS SUIVIES:

Borowski c. Canada (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75 Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110; *The King ex rel. Tolfree v. Clark et al.*, [1944] R.C.S. 69; [1944] 1 D.L.R. 495.

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

International Brotherhood of Teamsters v. Therien, [1960] R.C.S. 265; (1960), 22 D.L.R. (2d) 1; 60 CLLC 15,273; *Ahmad c. La Commission de la Fonction publique*, [1974] 2 C.F. 644; (1974), 51 D.L.R. (3d) 470; 6 N.R. 287 (C.A.); *Monsanto Canada Inc. c. Ministre de l'Agriculture* (1986), 8 C.P.R. (3d) 517; 1 F.T.R. 63 (C.F. 1^{re} inst.); *Bendahmane c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 3 C.F. 16; (1989), 61 D.L.R. (4th) 313; 26 F.T.R. 122 (note); 8 Imm. L.R. (2d) 20; 95 N.R. 385 (C.A.).

AUTHORS CITED

Pesticides in Perspective, 5206/E, Agriculture Canada, 1985.
Registration Guidelines, January 5, 1984.

DOCTRINE

Guide d'homologation, 5 janvier 1984.
Les pesticides en perspective, 5206/E, Agriculture Canada, 1985.

COUNSEL:

Judith C. Lee and Clark M. Roberts for applicants.
Gunnar O. Eggertson for respondent.
Dale B. Pope and Donald L. Richards for intervenor. ^a

SOLICITORS:

Nadler, Roberts & Lee, Vancouver, for applicants. ^b
Deputy Attorney General of Canada for respondent.
Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver, for intervenor. ^c

The following are the reasons for order rendered in English by

MARTIN J.: The applicants move for a writ of *certiorari* to quash the October 19, 1988 decision and certificate granting registration of the pesticide *Busan 30WB* made pursuant to sections 13 [as am. by SOR/88-109, s. 6(1),(2)] and 18 [as am. by SOR/88-109, s. 8] of the *Pest Control Products Regulations* [C.R.C., c. 1253] (the "Regulations"). The applicants also move for the same writ to set aside the preliminary decision of January 6, 1987 to grant registration of the said pesticide subject to receipt of an approved label. ^d

The alternative grounds for the motion are that, in granting registration of the pesticide, the Minister of Agriculture exceeded his jurisdiction in that he: ^e

- a) failed to consider whether
 - (i) the information provided was sufficient to enable the pesticide to be assessed or evaluated, or ^h
 - (ii) its use would lead to an unacceptable risk of harm to the public health;
- b) made a patently unreasonable finding that
 - (i) the information provided was sufficient to enable the pesticide to be assessed or evaluated, and ⁱ
 - (ii) its use would not lead to an unacceptable risk of harm to the public health ^j

AVOCATS:

Judith C. Lee et Clark M. Roberts pour les requérants.
Gunnar O. Eggertson pour l'intimé.
Dale B. Pope et Donald L. Richards pour l'intervenante.

PROCUREURS:

Nadler, Roberts & Lee, Vancouver, pour les requérants.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.
Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver, pour l'intervenante.

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

LE JUGE MARTIN: Les requérants concluent en l'es-pèce à une ordonnance de *certiorari* pour annuler la décision et le certificat en date du 19 octobre 1988, portant enregistrement du pesticide *Busan 30WB* en application des articles 13 [mod. par DORS/88-109, art. 6(1),(2)] et 18 [mod. par DORS/88-109, art. 8] du *Règlement sur les produits antiparasitaires* [C.R.C., chap. 1253] (le «Règlement»), et pour annuler la décision préliminaire en date du 6 janvier 1987 portant enregistrement dudit pesticide sous réserve de la production d'une étiquette approuvée. ^f

Les requérants font également valoir dans leur requête qu'en accordant l'enregistrement du pesticide en cause, le ministre de l'Agriculture a excédé sa compétence par l'un ou l'autre des motifs suivants:

- a) il n'a pas examiné:
 - (i) si les renseignements fournis étaient suffisants pour permettre d'évaluer le produit antiparasitaire dont s'agit, ou
 - (ii) si l'emploi de ce dernier comportait un risque inacceptable pour la santé de la population;
- b) il est parvenu à la conclusion manifestement déraisonnable:
 - (i) que les renseignements fournis étaient suffisants pour permettre d'évaluer le produit antiparasitaire dont s'agit, et
 - (ii) que l'emploi de ce dernier ne comportait pas un risque inacceptable pour la santé de la population,

before he had received the information which would permit him to make those findings;

c) he failed to follow the registration procedures set out in

- (i) subsection 13(1) and section 18 of the Regulations;
- (ii) the registration guidelines, and
- (iii) his public statements

to the effect that he would consult with and involve, in his decision to register or not to register the pesticide, Health and Welfare Canada and its provincial counterpart prior to making his decision.

In the further alternative the applicants say that, by permitting the registration officer to make the decision to grant pesticide registration without an express or implied authority to do so, there has been an illegal delegation of a quasi-judicial or discretionary decision-making power beyond the jurisdiction of the Minister.

This application has been precipitated as the result of approximately 100 complaints made by members of The Pulp, Paper and Woodworkers of Canada Local 8 who claim to have suffered ill effects as a result of their use of the pesticide *Busan 30WB* during the period from January to May of 1988. The complaints were of headaches, nose bleeds, stomach upsets, chemical burns, dizziness, nausea, soreness to neck and throat and eye irritations which had not occurred prior to the time that *Busan 30WB* had been used.

Prior to launching this application, counsel for the applicants brought to the attention of the Minister the nature of the complaints on three separate occasions and requested the Minister to take appropriate action to cancel or suspend the registration of the pesticide and to prosecute the intervenor for permitting the pesticide to be used prior to its registration.

The Minister did not act as requested but instead, as far as I am able to determine from the material placed before me, he appointed a group of parties interested in the matter, the multi-stakeholder forum, to recommend to him improvements to the existing federal pesticide regulatory system and invited the applicants to participate in that process. As the

avant d'avoir reçu les renseignements qui lui eussent permis de tirer cette conclusion;

c) il n'a pas observé les procédures d'enregistrement établies par:

- (i) le paragraphe 13(1) et l'article 18 du Règlement,
- (ii) le guide d'homologation, et
- (iii) ses déclarations publiques

par lesquelles il faisait savoir qu'il consulterait Santé et Bien-être Canada ainsi que son homologue provincial et s'assurerait leur participation à la décision d'enregistrement.

Les requérants font encore valoir, subsidiairement, qu'en permettant à l'agent d'enregistrement de décider, sans autorisation expresse ou tacite à cet effet, d'accorder l'enregistrement du pesticide, le ministre a excédé sa compétence en déléguant illégalement un pouvoir de décision quasi judiciaire ou discrétionnaire.

La demande en l'espèce a fait suite au dépôt d'une centaine de plaintes des membres de la section locale 8 des Travailleurs des pâtes, des papiers et du bois du Canada, qui se plaignaient des effets néfastes de leur manipulation du pesticide *Busan 30WB* durant la période allant de janvier à mai 1988. Voici les symptômes dont ils se plaignaient: maux de tête, saignements de nez, aigreurs d'estomac, brûlures chimiques, étourdissements, nausée, douleurs au cou, irritation de la gorge et irritation de l'œil, autant de maux qu'ils ne connaissaient pas avant l'utilisation du *Busan 30WB*.

Avant d'intenter cette demande, l'avocate des requérants avait, à trois reprises, attiré l'attention du ministre sur la nature des plaintes pour lui demander de prendre les mesures nécessaires pour annuler ou suspendre l'enregistrement du pesticide et poursuivre l'intervenante en justice pour avoir permis l'utilisation du pesticide avant son enregistrement.

Le ministre n'a pas pris les mesures demandées mais, selon le dossier dont je suis saisi, il a nommé un comité de parties intéressées en la matière, ce qu'on appelle un groupe de travail de partenaires multiples, chargé de lui recommander les améliorations à apporter au système de réglementation fédérale des pesticides. Les requérants furent invités à y

response did not, in the view of the applicants, address their particular concerns relating to what they regarded as the wrongful original registration and extended registration to December 31, 1995 of a pesticide which they considered dangerous to their health, they caused these proceedings to be commenced.

At the commencement of the proceedings, counsel for the respondent sought to raise, as preliminary matters, the issues of standing of the applicant union and whether the application was moot. Rather than address these issues as a preliminary matter, reserve my decision and adjourn argument on the merits of the application to a later date, I directed counsel to incorporate, as part of their arguments on the merits of the application, their arguments on these two issues as well so that the matter could be disposed of in a single hearing and decision.

With respect to the issue of standing, counsel for the respondent seeks to exclude the applicant, The Pulp, Paper and Woodworkers of Canada Local 8, on the grounds that it is the local which claims standing and not the union and that a union, whether a local of the union or the union itself, derives its existence as a legal entity from section 147 of the *Industrial Relations Act* [R.S.B.C., 1979, c. 212 (as am. by S.B.C. 1987, c. 24, s. 1)], which provides as follows:

147. Every trade union and every employers' organization is a legal entity for the purposes of this Act.

Counsel submits that as the applicant union is a legal entity only for the purposes of that Act it is not otherwise a legal entity. Furthermore he says that as these proceedings are not under the *Industrial Relations Act*, the applicant union cannot be considered as a legal entity for the purposes of standing in these proceedings.

I see no merit in that argument. In my view the status of unions, locals or otherwise, as legal entities capable of suing and being sued was put to rest long ago by the Supreme Court of Canada in *International Brotherhood of Teamsters v. Therien*, [1960] S.C.R. 265, which determined that they were. It follows that

participer. Comme ils ne voyaient pas dans cette réaction la solution à leur problème qui, à leurs yeux, tenait à l'enregistrement et à sa prorogation au 31 décembre 1995, irréguliers l'un et l'autre, d'un pesticide qu'ils considéraient comme dangereux pour leur santé, les requérants ont donc intenté cette instance.

À l'ouverture de l'instance, l'avocat de l'intimé a fait valoir deux fins de non-recevoir, savoir la qualité pour agir du syndicat requérant et la valeur pratique de la demande. Au lieu d'examiner ces deux points à titre de fins de non-recevoir, de prendre ma décision en délibéré et de remettre à plus tard l'argumentation sur le fond de la demande, j'ai ordonné aux avocats d'incorporer à leur argumentation sur le fond, leurs arguments relatifs à ces deux points afin que l'affaire puisse être tranchée au cours d'une seule audience et par une seule décision.

En ce qui concerne la question de la qualité pour agir, l'avocat de l'intimé cherche à exclure la requérante Section locale 8 des Travailleurs des pâtes, des papiers et du bois du Canada, par ce motif que c'est la section locale, et non pas le syndicat lui-même, qui revendique la qualité pour agir en l'espèce, et qu'un syndicat, qu'il s'agisse d'une de ses sections locales ou du syndicat proprement dit, tient sa personnalité juridique de l'article 147 de la Loi dite *Industrial Relations Act* [R.S.B.C., 1979, chap. 212 (mod. par S.B.C. 1987, chap. 24, art.1)], lequel article porte ce qui suit:

[TRADUCTION] **147.** Tout syndicat d'employés a la personnalité juridique pour l'application de la présente Loi; il en est de même de toute organisation patronale.

L'avocat de l'intimé soutient que le syndicat requérant n'a la personnalité juridique que dans le cadre de cette Loi, et non pas à d'autres égards. Et que cette instance n'ayant pas été intentée sous le régime de la Loi dite *Industrial Relations Act*, le syndicat requérant ne saurait être considéré comme une entité juridique ayant qualité pour y participer.

Je ne saurais accueillir cet argument. À mon avis, la question de la qualité pour ester en justice des syndicats, qu'il s'agisse ou non de sections locales, a été tranchée depuis longtemps par la Cour suprême du Canada dans son arrêt *International Brotherhood of Teamsters v. Therien*, [1960] R.C.S. 265, qui con-

the applicant union does not lack standing on this basis.

Counsel for the respondents also submitted that these proceedings are moot and should not be heard on the basis that the genuine interests of the applicant Kenneth Jupe and the members of the applicant, The Pulp, Paper and Woodworkers of Canada, Local 8, are founded upon their having been exposed and are still being exposed to the alleged toxic effects of *Busan 30WB* in their workplace. As the use of that pesticide has been discontinued as of May 6, 1991, counsel for the respondent submits that neither Jupe nor the members of the local have any further interest in the registration of it.

Counsel for the respondent concedes that both Jupe and the members of the Local could have status to pursue the within matter even though it is moot but says that it is a question to be decided in the discretion of the Court which he submits should be exercised against allowing the matter to proceed. Counsel for the applicants challenges the assertion of mootness and submits that, even if the proceedings are moot, I should exercise my discretion in favour of hearing the merits of the application.

The doctrine of mootness and its consequences is definitively canvassed by Sopinka J. in the Supreme Court of Canada decision in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342. At page 353 Mr. Justice Sopinka states the general rule in the following terms:

The doctrine of mootness is an aspect of a general policy or practice that a court may decline to decide a case which raises merely a hypothetical or abstract question. The general principle applies when the decision of the court will not have the effect of resolving some controversy which affects or may affect the rights of the parties. If the decision of the court will have no practical effect on such rights, the court will decline to decide the case. This essential ingredient must be present not only when the action or proceeding is commenced but at the time when the court is called upon to reach a decision. Accordingly if, subsequent to the initiation of the action or proceeding, events occur which affect the relationship of the parties so that no present live controversy exists which affects the rights of the parties, the case is said to be moot. The general policy or practice is enforced in moot cases unless the court exercises its discretion to depart from its policy or practice. The relevant

cluait qu'ils avaient la personnalité juridique. Il s'ensuit que le syndicat requérant a qualité pour agir en l'espèce.

a L'avocat de l'intimé fait encore valoir que la demande n'a plus aucune valeur pratique et ne devrait pas être instruite, par ce motif que les intérêts réels du requérant Kenneth Jupe et des membres du syndicat requérant, savoir la Section locale 8 des Travailleurs des pâtes, des papiers et du bois du Canada, tenaient à ce qu'ils avaient été et étaient encore exposés aux soi-disant effets toxiques du *Busan 30WB* au travail. Comme ce pesticide n'était plus utilisé à compter du 6 mai 1991, l'avocat de l'intimé soutient que ni Jupe ni les autres membres de la section locale n'ont plus aucun intérêt pour ce qui est de son enregistrement.

d L'avocat de l'intimé reconnaît que Jupe comme les autres membres de la Section locale pourraient avoir qualité pour poursuivre l'instance bien que celle-ci n'ait plus aucune valeur pratique, mais soutient qu'il s'agit là d'une question laissée au pouvoir d'appréciation souverain de la Cour, qui devrait mettre fin à l'instance. L'avocate des requérants conteste que l'instance n'ait aucune valeur pratique et soutient que, cela eût-il été le cas, je devrais exercer mon pouvoir d'appréciation en faveur de l'instruction au fond de la demande.

La doctrine du caractère théorique du litige et de ses conséquences a fait l'objet d'une analyse définitive du juge Sopinka de la Cour suprême du Canada dans *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342. En page 353, il a évoqué la règle générale en ces termes:

La doctrine relative au caractère théorique est un des aspects du principe ou de la pratique générale voulant qu'un tribunal peut refuser de juger une affaire qui ne soulève qu'une question hypothétique ou abstraite. Le principe général s'applique quand la décision du tribunal n'aura pas pour effet de résoudre un litige qui a, ou peut avoir, des conséquences sur les droits des parties. Si la décision du tribunal ne doit avoir aucun effet pratique sur ces droits, le tribunal refuse de juger l'affaire. Cet élément essentiel doit être présent non seulement quand l'action ou les procédures sont engagées, mais aussi au moment où le tribunal doit rendre une décision. En conséquence, si, après l'introduction de l'action ou des procédures, surviennent des événements qui modifient les rapports des parties entre elles de sorte qu'il ne reste plus de litige actuel qui puisse modifier les droits des parties, la cause est considérée comme théorique. Le principe ou la pratique général s'applique aux litiges devenus

factors relating to the exercise of the court's discretion are discussed hereinafter. [Underlining is mine.]

There is no "live controversy" if the required tangible and concrete dispute has disappeared or, as Duff C.J. said in *The King ex. rel. Tolfree v. Clark et al.*, [1944] S.C.R. 69, at page 72:

... the sub-stratum of the litigation has disappeared.

In the *Borowski* case the Court found the proceedings to be moot because the particular section of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] being attacked by Borowski as being invalid had, by the time the appeal came before the Supreme Court of Canada, already been struck down by that Court. In the *Clark* case the applicants sought to restrain the respondents from sitting as members of the Ontario legislature. However, as the Legislative Assembly had been dissolved prior to the matter coming on for hearing before the Court, Duff C.J. determined it to be moot and declined to hear the appeal.

The facts in the present matter are not at all analogous to the facts in the cases cited above or the others to which reference is made by Sopinka J. in which various courts have found mootness.

In this case the applicants seek to set aside the registration of a pesticide on the grounds already set out. When the matter came on for hearing before me the pesticide was not only still registered but its registration had been extended to December 31, 1995. There is no question, and counsel for the respondent did not advance the argument to the effect that there did not exist a live controversy affecting the rights of the parties up to May 6, 1991.

The sole ground on which counsel for the respondent submitted that the matter had become moot as of May 6, 1991 was that, as of that date, the employer that used the pesticide in its operations had discontinued its use. Counsel for the respondent did not submit any undertaking or assurance by the employer that it would refrain from using the pesticide in the future and the pesticide in question, having had its registra-

théoriques à moins que le tribunal n'exerce son pouvoir discrétionnaire de ne pas l'appliquer. J'examinerai plus loin les facteurs dont le tribunal tient compte pour décider d'exercer ou non ce pouvoir discrétionnaire. [Phrase non soulignée dans l'original.]

a

Il n'y a pas de «litige actuel» si le différend tangible et concret a disparu ou, pour reprendre l'observation faite par le juge en chef Duff dans *The King ex. rel. Tolfree v. Clark et al.*, [1944] R.C.S. 69, à la page 72:

b

[TRADUCTION] ... ce qui sous-tend le litige a disparu.

c

Dans l'affaire *Borowski*, il a été jugé que l'action n'avait plus qu'un caractère théorique par ce motif qu'au moment où le pourvoi est parvenu devant elle, la Cour suprême du Canada avait déjà déclaré inconstitutionnel l'article du *Code criminel* [L.R.C. (1985), chap. C-46] contesté par Borowski. Dans l'affaire *Clark*, les requérants cherchaient à faire interdire aux intimés de siéger à l'assemblée législative de l'Ontario. Comme cette assemblée avait été dissoute avant que l'affaire ne fût parvenue devant la Cour, le juge en chef Duff a conclu qu'elle n'avait plus de valeur pratique et a refusé d'entendre le pourvoi.

d

e

f

Les faits qui nous intéressent en l'espèce n'ont rien de commun avec les faits des causes citées ci-dessus ou d'autres causes citées par le juge Sopinka et dans lesquelles la juridiction saisie a conclu à l'absence de valeur pratique.

g

En l'espèce, les requérants cherchent à faire annuler l'enregistrement d'un pesticide par les motifs évoqués plus haut. Lorsque l'affaire fut appelée devant moi, non seulement ce pesticide était toujours enregistré, mais l'enregistrement avait été prorogé au 31 décembre 1995. Il n'y a aucun doute à ce sujet, et l'avocat de l'intimé n'a pas soutenu qu'il n'y avait pas un litige actuel affectant les droits des parties à la date du 6 mai 1991.

h

i

Le seul motif par lequel l'avocat de l'intimé concluait que le litige était devenu théorique au 6 mai 1991 est que, à cette date, l'employeur qui utilisait le pesticide en cause dans son entreprise avait cessé de le faire. Aucun engagement ou assurance n'a été produit, de la part de l'employeur, de s'abstenir d'utiliser à l'avenir ce pesticide dont l'enregistrement a été prorogé jusqu'en 1995 et qui, de ce fait, peut être

j

tion extended to 1995, can legitimately be used by that employer at any time prior to that date if it chooses so to do.

Nor was there any suggestion by counsel for the respondent that the registration of the pesticide would be withdrawn, suspended or cancelled, thus prohibiting its use.

Once again I can see no merit to the submission of counsel for the respondent that, by reason of the employer's voluntary and indefinite cessation of the use of the pesticide under consideration, the issue of whether it should have been registered in the first instance or that its registration should be allowed to continue has become moot. To accept that submission and to dismiss the application on the ground of mootness could result in the employer using the pesticide once again and breathing life into the controversy which its counsel submits is dead. The controversy between the parties is not over the use or non-use of the pesticide by any particular employer but is whether the pesticide should have been registered in the first instance.

Because, in my opinion, there is no question that the sub-stratum of the litigation remains and that there still exists a live controversy between the parties, the matter cannot be said to be moot. I can see no necessity of proceeding further to examine the question of exercising my discretion to hear and determine the issue notwithstanding its mootness.

Before proceeding into what may be termed the merits or, probably more accurately, the factual basis for the merits, I think it would be appropriate to address as a preliminary issue the grounds relating to the exercise of the Minister's discretionary decision-making power by officials in his Department rather than by the Minister.

The substance of the applicants' submission in this respect is that the discretion granted to the Minister under section 18 of the Regulations may not be delegated but must be exercised by the Minister personally. Counsel points out that in the registration process the decision of the Director and the decision of the Minister are separated, which separation, she suggests, tends to support her submission.

légitimement utilisé par cet employeur à tout moment avant cette date s'il le veut.

a L'avocat de l'intimé ne dit pas non plus que l'enregistrement du pesticide en cause serait retiré, suspendu ou annulé, ce qui en interdirait l'utilisation.

b Sur ce point encore, je ne saurais accueillir l'argument de l'avocat de l'intimé selon lequel, l'employeur ayant cessé, volontairement et indéfiniment, d'utiliser le pesticide dont s'agit, la question de savoir si l'enregistrement était justifié en premier lieu ou s'il devait être maintenu est devenue toute théorique. Accueillir pareil argument pour rejeter la demande par ce motif que le litige est devenu théorique signifie que l'employeur pourrait un jour utiliser de nouveau ce pesticide et ressusciter la controverse qui, aux dires de l'avocat, a cessé d'exister. La controverse qui oppose les parties ne porte pas sur l'utilisation du pesticide, mais sur la question de savoir si son enregistrement était justifié en premier lieu.

f Étant donné, à mon avis, que ce qui sous-tend le litige subsiste encore et qu'il y a toujours un litige actif entre les parties, on ne peut pas dire que la question est devenue théorique. Il n'est donc pas nécessaire que j'examine si je devrais exercer mon pouvoir d'appréciation souverain pour entendre cette cause quand bien même elle serait devenue théorique.

g Avant d'instruire l'affaire au fond ou, plus précisément, les faits de la cause, je pense qu'il y a lieu d'examiner, à titre de question préliminaire, les motifs se rapportant à l'exercice des pouvoirs discrétionnaires du ministre, non pas par celui-ci lui-même, mais par des fonctionnaires de son Ministère.

i L'argument avancé par les requérants à ce propos est essentiellement que le pouvoir discrétionnaire dont l'article 18 du Règlement investit le ministre ne saurait être délégué, mais doit être exercé par le ministre lui-même. L'avocate des requérants soutient que dans le processus d'enregistrement, la décision du directeur et celle du ministre ne sont pas confondues, et cette distinction, dit-elle, tend à corroborer son argument.

Counsel is correct that section 13 of the Regulations makes the distinction claimed:

13. (1) Where the Minister receives an application for a certificate of registration or an application to amend a certificate of registration, he shall, subject to section 18, register the control product or amend the registration thereof, as the case may be, and record in a register of control products the information provided in accordance with sections 7 and 9.

(3) Where a control product or an amendment to the registration of a control product is registered, the Director shall issue a certificate of registration bearing the registration number of the control product.

Counsel is also correct in her submission that section 18 of the Regulations calls upon the Minister to form an opinion on several matters:

18. The Minister may refuse to register or amend the registration of a control product if, in his opinion,

(a) the application for registration, the application to amend the certificate of registration or the label for the control product does not comply with the Act and these Regulations;

(b) the information provided to the Minister on the application is insufficient to enable the control product to be assessed or evaluated;

(c) the applicant fails to establish that the control product has merit or value for the purposes claimed when the control product is used in accordance with its label directions;

(d) the use of the control product would lead to an unacceptable risk of harm to

- (i) things on or in relation to which the control product is intended to be used, or
- (ii) public health, plants, animals or the environment; or

(e) the control product is not required to be registered.

In my view it does not necessarily follow from these observations that the Minister must address his mind personally to the matters upon which his opinion is required. Counsel for the respondent has satisfied me that in forming the opinion required by section 18 of the Regulations the Minister is entitled, in this matter, to act through his departmental officials. That, I hasten to add, is not to say that the opinions as to the sufficiency of the evidence and the acceptability of risk of harm to the public need not be addressed but only that they need not be addressed by the Minister personally.

Elle a relevé à juste titre cette distinction à l'article 13 du Règlement:

13. (1) À la réception d'une demande de certificat d'enregistrement ou de modification d'un certificat d'enregistrement, le Ministre, sous réserve de l'article 18, enregistre le produit antiparasitaire ou en modifie l'enregistrement, selon le cas, et consigne au registre des produits antiparasitaires les renseignements fournis en conformité avec les articles 7 et 9.

(3) À l'enregistrement d'un produit antiparasitaire ou de la modification de l'enregistrement d'un produit antiparasitaire, le Directeur délivre un certificat d'enregistrement portant le numéro d'enregistrement du produit antiparasitaire.

Elle a également raison de soutenir que l'article 18 du Règlement fait au ministre obligation de former son opinion sur plusieurs questions:

18. Le Ministre peut refuser d'enregistrer un produit antiparasitaire ou d'en modifier l'enregistrement si, à son avis,

a) la demande d'enregistrement ou de modification de l'enregistrement ou le label du produit antiparasitaire n'est pas conforme aux dispositions de la Loi et du présent règlement;

b) les renseignements fournis au Ministre dans la demande ne sont pas suffisants pour permettre d'évaluer le produit antiparasitaire;

c) le demandeur ne démontre pas que le produit antiparasitaire présente des avantages ou une valeur pour les fins proposées, lorsqu'il est utilisé conformément aux instructions qui figurent sur le label;

d) l'emploi du produit antiparasitaire comporte un risque inacceptable pour

- (i) les choses sur lesquelles ou en rapport avec lesquelles il est destiné à être utilisé, ou
- (ii) la santé de la population, les plantes, les animaux ou l'environnement; ou

e) le produit antiparasitaire n'a pas besoin d'être enregistré.

À mon avis, ces prescriptions ne signifient pas nécessairement que le ministre doit examiner personnellement les questions sur lesquelles il doit former une opinion. L'avocat de l'intimé m'a convaincu que le ministre peut former cette opinion comme le requiert l'article 18 du Règlement par l'intermédiaire des fonctionnaires de son Ministère. Cela ne veut pas dire qu'il n'est pas nécessaire de former une opinion sur le caractère suffisant des renseignements fournis ou sur le risque pour la santé de la population, mais seulement qu'il n'est pas nécessaire que le ministre le fasse en personne.

Subsection 13(1) of the Regulations provides for registration of the control product subject to a favourable opinion by the Minister on the several matters raised under section 18 of the Regulations. Subsection 13(3) of the Regulations assumes a favourable opinion by the Minister in favour of the applicant on the matters raised in section 18 and assumes that the Minister has registered the pesticide. Subsection 13(3) simply directs the person in the department who is, without exercising any discretion, to issue the certificate of registration. The Director simply certifies that a registration has occurred . . . no discretionary power is exercised by the Director pursuant to subsection 13(3).

Because section 13 of the Regulations does not distinguish between the functions of the Minister and the Director on the basis of discretionary matters which are to be exercised by the Minister as opposed to other discretionary matters which are to be exercised by the Director, I am unable to accept counsel's submission that Parliament thereby intended the discretionary powers assigned to the Minister to be exercised by him personally.

Jackett C.J. of the Federal Court of Appeal dealt with this matter in *Ahmad v. Public Service Commission*, [1974] 2 F.C. 644, at pages 650-651, in the following terms:

Section 6(5) of the *Public Service Employment Act* provides that a deputy head may authorize one or more persons under his jurisdiction "to exercise and perform any of the powers, functions or duties of the deputy head" under that Act. By an instrument dated March 22, 1971, the deputy head in question authorized *inter alia* the "Director, Personnel Administration Branch" to "exercise and perform the powers and to delegate functions or duties" conferred upon him by *inter alia* section 31 of the *Public Service Employment Act*. In my view, while not as aptly worded as it might have been, this instrument was adequate authority for the Director to form the opinion of the applicant's incompetency that was a condition precedent to a recommendation under section 31 [Compare *Mungoni v. Attorney General of Northern Rhodesia*, [1960] A.C. 336]. In any event, quite apart from special statutory authorization, in my view, this opinion was not one that required personal attention from the deputy head and was validly formed by appropriate departmental officials on the basis of the principles applied in such cases as *Carltona, Ltd. v. Comrs. of Works* [[1943] 2 All. E.R. 560]. See per Lord Greene M.R. in that case at page 563:

Le paragraphe 13(1) du Règlement subordonne l'enregistrement du produit antiparasitaire à une opinion favorable du ministre à l'égard des nombreuses questions prévues à l'article 18 du même texte. Le paragraphe 13(3) du Règlement présuppose que le ministre s'est fait, en faveur du demandeur, une opinion favorable au sujet des matières prévues à l'article 18 et qu'il a enregistré le produit. Ce paragraphe ne fait que prévoir pour le fonctionnaire visé du Ministère l'obligation de délivrer le certificat d'enregistrement, sans qu'il exerce à ce propos aucun pouvoir d'appréciation. Le directeur ne fait que certifier qu'il y a eu enregistrement; il n'exerce aucun pouvoir discrétionnaire dans le cadre du paragraphe 13(3).

L'article 13 du Règlement ne distinguant pas les fonctions du ministre et celles du directeur en fonction de leurs pouvoirs discrétionnaires respectifs, je ne saurais accueillir l'argument de l'avocate des requérants, selon lequel le législateur entendait prévoir que seul le ministre peut exercer les pouvoirs discrétionnaires dont il est investi.

Cette question a été examinée par le juge en chef Jackett de la Cour d'appel fédérale dans *Ahmad c. La Commission de la Fonction publique*, [1974] 2 C.F. 644, aux pages 650 et 651, où il s'est prononcé en ces termes:

L'article 6(5) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* prévoit qu'un sous-chef peut autoriser une ou plusieurs personnes placées sous son autorité «à exercer l'un des pouvoirs, fonctions ou devoirs» que lui confère cette loi. Par acte en date du 22 mars 1971, le sous-chef en cause a notamment autorisé le «directeur, service de l'administration du personnel» à «exercer les pouvoirs et à déléguer les fonctions ou devoirs» que lui confère notamment l'article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. À mon avis, quoique cet acte eût pu être mieux rédigé, il confère au directeur le pouvoir approprié pour formuler un avis sur l'incompétence du requérant, préalable à une recommandation prévue à l'article 31 [Comparer avec l'arrêt *Mungoni c. Attorney General of Northern Rhodesia*, [1960] A.C. 336]. En tout cas, toute question d'autorisation légale spéciale mise à part, je pense que cet avis n'avait pas à faire l'objet de l'attention personnelle du sous-chef et pouvait émaner des fonctionnaires habilités du Ministère sur la base des principes appliqués dans les affaires telles que *Carltona, Ltd. c. Comrs. of Works* [[1943] 2 All E.R. 560]. Voir, dans cette affaire, les motifs de Lord Greene, maître des rôles, à la page 563:

In the administration of government in this country the functions which are given to ministers (and constitutionally properly given to ministers because they are constitutionally responsible) are functions so multifarious that no minister could ever personally attend to them. To take the example of the present case no doubt there have been thousands of requisitions in this country by individual ministries. It cannot be supposed that this regulation meant that, in each case, the minister in person should direct his mind to the matter. The duties imposed upon ministers and the powers given to ministers are normally exercised under the authority of the ministers by responsible officials of the department. Public business could not be carried on if that were not the case. Constitutionally, the decision of such an official is, of course, the decision of the minister. The minister is responsible. It is he who must answer before Parliament for anything that his officials have done under his authority, and, if for an important matter he selected an official of such junior standing that he could not be expected competently to perform the work, the minister would have to answer for that in Parliament. The whole system of departmental organisation and administration is based on the view that ministers, being responsible to Parliament, will see that important duties are committed to experienced officials. If they do not do that, Parliament is the place where complaint must be made against them. [See also S.A. de Smith's *Judicial Review of Administrative Action* at pages 290-291 of the second edition.]

It would be quite impossible for the deputy head of a large modern government department to give personal attention to all such matters, important as they may be to individuals concerned. That is why departmental administration is organized as it is and, in my view, there is a necessary implication, in the absence of something expressly or implicitly to the contrary, that ministers' powers, and deputy ministers' powers, are exercised on their behalf by their departmental organizations as long as they are of an administrative character. To what extent officials are allowed or required to do so in particular cases is a matter of internal arrangement and outsiders have no status to question the authority of an official in a particular case.

Jackett C.J. applied the doctrine of necessary implication of authority in the absence of something expressly or implicitly to the contrary to the exercise by a Director of a department of the discretionary authority vested in the deputy head of the department. As I can find nothing in the legislation or Regulations relevant to this matter that would expressly or implicitly prohibit the exercise of the discretionary powers vested in the Minister by section 18 of the Regulations by his departmental organization and as these powers are administrative in character, I find

[TRADUCTION] Dans le régime d'administration publique de ce pays, les fonctions qui sont conférées aux ministres (à bon droit du point de vue constitutionnel puisque les ministres sont constitutionnellement responsables) sont si variées qu'aucun ministre ne pourrait jamais personnellement les remplir. Pour prendre l'exemple du cas présent, chaque ministère a sans aucun doute soumis des milliers de réquisitions dans ce pays. On ne peut pas supposer que ce règlement impliquait que, dans chaque cas, le Ministre en personne devait s'occuper de l'affaire. Les tâches imposées aux ministres et les pouvoirs qui leur sont conférés sont normalement exercés sous leur autorité par les fonctionnaires responsables du Ministère. S'il en était autrement, tout l'appareil de l'État serait paralysé. Constitutionnellement, la décision d'un tel fonctionnaire représente naturellement la décision du Ministre. Le Ministre est responsable. C'est lui qui doit répondre devant le Parlement de tout ce que les fonctionnaires ont fait sous son autorité et si, pour une affaire importante, il a choisi un fonctionnaire subalterne dont on ne peut s'attendre qu'il exécute le travail avec compétence, le Ministre devra en répondre devant le Parlement. Tout le système d'organisation et d'administration ministérielles s'appuie sur l'idée qu'étant responsables devant le Parlement, les ministres feront en sorte que les tâches importantes soient confiées à des fonctionnaires expérimentés. S'ils ne le font pas, c'est au Parlement qu'on devra se plaindre de leurs agissements. [Voir aussi *Judicial Review of Administrative Action* de S.A. de Smith aux pp. 290 et 291 de la deuxième édition.]

Il serait tout à fait impossible au sous-chef d'un ministère important dans un gouvernement moderne de s'occuper personnellement de toutes les questions de ce genre, [quelque] importantes qu'elles puissent être pour les personnes concernées. C'est la raison d'être de l'organisation ministérielle et, à mon avis, il en découle nécessairement, en l'absence d'indication contraire expresse ou implicite, que les pouvoirs des ministres et des sous-ministres, dans la mesure où ils revêtent un caractère administratif, sont exercés en leur nom par les instances de leur ministère. Dans quelle mesure les fonctionnaires peuvent ou doivent agir ainsi dans des cas particuliers est une question qui relève de l'organisation interne et les tiers n'ont pas qualité pour contester les pouvoirs d'un fonctionnaire dans un cas particulier.

Faute d'indication contraire, expresse ou implicite, le juge en chef Jackett a appliqué la doctrine de la présomption de compétence à l'exercice, par un directeur, des pouvoirs discrétionnaires dont est investi le sous-chef du ministère en cause. Étant donné que ni la loi ni le Règlement applicable en la matière n'interdit expressément ou implicitement que les pouvoirs discrétionnaires que le ministre tient de l'article 18 du Règlement soient exercés par son ministère, et que ces pouvoirs sont de nature administrative, je conclus qu'ils peuvent parfaitement être

that they may properly be exercised by the parties who did in fact exercise them.

That is to say I find that Donald Edouard Mondor was authorized by implication to sign the subsection 13(3) certificate of registration and that Clifford David Ralph was authorized by implication to exercise the discretion assigned to the Minister under section 18 of the Regulations. Having come to this conclusion I will not, in the balance of the reasons for this decision, distinguish between the discretion exercised by Ralph under section 18 of the Regulations and the exercise of the Minister's discretion under that section.

Having addressed what I have chosen to characterize as preliminary matters, that leaves for my consideration and determination the three remaining grounds for this application relating to alleged excesses of jurisdiction by the Minister: his alleged failure to consider the sufficiency of the information necessary for evaluating the pesticide or whether its use would lead to an unacceptable risk of harm to the public; the making of those decisions before receiving the information required to make them in a reasonable manner; and the making of those decisions in the absence of consultation with other federal and provincial authorities which the applicants allege they legitimately or reasonably expected him to do.

The pesticide *Busan 30WB* is an anti-sapstain product used in the lumber industry to prevent discoloration in non-kiln dried wood caused by fungi which flourish in moist, still warm air. The shipment of freshly cut wood by sea over long distances in warm climatic conditions presents an ideal environment for the development of this mould which, if it develops, reduces the grade and consequently the value of the lumber.

Kiln drying the lumber is one method of preventing the staining but, I gather, compared to the use of anti-sapstain fungicides, is considerably more costly. Naturally the lumber industry prefers the pesticide to the kiln-drying method. About 90% of British Columbia's coastal lumber production is pesticide treated and about 90% of the treated lumber is exported.

exercés par ceux qui les ont effectivement exercés en l'espèce.

Je conclus en conséquence que Donald Edouard Mondor était implicitement habilité à signer le certificat d'enregistrement prévu au paragraphe 13(3), et que Clifford David Ralph était implicitement habilité à exercer le pouvoir discrétionnaire que le ministre tient de l'article 18 du Règlement. Ayant tiré cette conclusion, je ne distinguerai pas, dans le restant des présents motifs de décision, entre le pouvoir discrétionnaire exercé par Ralph en application de l'article 18 du Règlement et celui que le ministre tient de la même disposition.

Cette question préliminaire tranchée, il me reste à examiner les trois motifs restants de ce recours en abus de compétence contre le ministre, savoir qu'il n'a pas examiné si les renseignements fournis étaient suffisants pour permettre d'évaluer le produit antiparasitaire et si l'utilisation de ce produit comportait un risque inacceptable pour le public; qu'il a pris sa décision en la matière avant de recevoir les renseignements nécessaires pour tirer une conclusion raisonnable; et qu'il a pris sa décision en la matière sans avoir consulté les autres autorités compétentes fédérales et provinciales, comme les requérants étaient en droit de s'y attendre.

Le pesticide *Busan 30WB* est un produit utilisé dans l'industrie du bois pour prévenir les taches de sève qui provoquent des changements de coloration du bois non séché en étuve, sous l'influence des champignons qui prolifèrent dans une atmosphère confinée, humide et chaude. L'expédition par mer du bois fraîchement coupé, sur de longues distances et sous un climat chaud, présente les conditions idéales pour le développement de cette moisissure qui diminue la qualité et, partant, la valeur du bois.

Le séchage en étuve est l'une des méthodes de prévention des taches de sève mais, d'après ce que j'ai pu voir, il coûte bien plus cher que l'utilisation des fongicides anti-taches de sève. Il est naturel que l'industrie du bois préfère l'utilisation du pesticide au séchage en étuve. Environ 90 p. 100 du bois produit sur la côte de la Colombie-Britannique est traité au pesticide, et environ 90 p. 100 de ce bois traité est exporté.

Prior to the introduction of *Busan 30WB* in the sawmill industry, pesticides which contained *polychlorophenols* (PCPs) had been the predominantly used pesticides. By 1989, however, the use of pesticides containing PCPs had been all but discontinued and had been replaced by several other types, the predominant one of which contained 2-(*thiocyanomethylthio*) *benzothiazole* ("TCMTB") which had, by that time, taken over about 50% of the market share of anti-sapstain fungicides used in British Columbia industry.

I mention other types of pesticides containing TCMTB because *Busan 30WB* was not the only pesticide containing this ingredient. Ralph, at paragraph 47 of his affidavit, referred to a study prepared for the Forest Industry Industrial Health Research Program dated July 1987 (Exhibit "I" to Ralph's affidavit) which, at page 40, identifies 14 wood-treatment products containing TCMTB which had been registered by Agriculture Canada as of June 1987. Of these 14 products seven had the same concentration of TCMTB as *Busan 30WB*.

I pause here to note that although the study to which reference is made in the preceding paragraph states all of the 14 products had been registered by Agriculture Canada as of June 1987, *Busan 30WB*, which is listed as one of them, was not in fact registered until October of 1988.

Generally, for the purposes of this application, Ralph has compared *Busan 30WB* with *Busan 30* and *Busan 1030*, all three of which products are manufactured by the intervenor, Buckman Laboratories of Canada Ltd., and all three of which, in their undiluted form, contain 30% of TCMTB.

It is submitted by the respondent that the only difference between *Busan 30*, *Busan 1030* and *Busan 30WB* is that instead of being contained in a petroleum base like *Busan 30* and *Busan 1030*, *Busan 30WB* is a water-based (thus the WB) pesticide. To all three *Busan* pesticides substantial quantities of water are added to dilute them prior to their use in the treatment of lumber. The respondent says that the water-based formulation was created because of complaints which had been received from the users with

Avant l'introduction du *Busan 30WB*, les pesticides qui contenaient des *polychlorophénols* (PCP) étaient les plus couramment utilisés dans l'industrie du bois d'œuvre. Vers 1989 cependant, les pesticides contenant des PCP n'étaient pratiquement plus utilisés, ayant été remplacés par plusieurs autres types, dont le plus prédominant contenait du *thiocyanométhylthio-2 benzothiazole* («TCMTB») et avait, à l'époque, accaparé 50 p. 100 du marché des fongicides anti-taches utilisés dans l'industrie du bois en Colombie-Britannique.

Je mentionne les autres types de pesticides contenant du TCMTB parce que *Busan 30WB* n'était pas le seul pesticide à contenir cet ingrédient. Au paragraphe 47 de son affidavit, Ralph fait état d'une étude en date de juillet 1987 (pièce «I» jointe à l'affidavit), préparée pour le programme de recherches sur la santé au travail dans l'industrie forestière, laquelle étude énumère, en page 40, 14 produits de traitement du bois qui contiennent du TCMTB et qui avaient été enregistrés par Agriculture Canada jusqu'en juin 1987. De ces 14 produits, sept ont la même teneur en TCMTB que le *Busan 30WB*.

J'ouvre ici une parenthèse: bien que l'étude citée au paragraphe précédent indique que tous les 14 produits avaient été enregistrés par Agriculture Canada jusqu'en juin 1987, le *Busan 30WB*, qui était du nombre, n'a été enregistré qu'en octobre 1988.

Pour en revenir à la demande en l'espèce, ce qu'a fait Ralph, c'était de comparer le *Busan 30WB* avec le *Busan 30* et le *Busan 1030*, ces produits étant tous les trois fabriqués par l'intervenante Buckman Laboratories of Canada Ltd. et contenant tous les trois, dans leur forme non diluée, 30 p. 100 de TCMTB.

L'intimé fait savoir que la seule différence entre le *Busan 30*, le *Busan 1030* et le *Busan 30WB* réside en ce qu'au lieu d'être contenu dans une base de pétrole comme les deux premiers, le *Busan 30WB* est un pesticide à base aqueuse (d'où le sigle WB, «*water-based*»). Tous les trois pesticides *Busan* doivent être dilués avec une grande quantité d'eau avant de servir au traitement du bois. L'intimé fait savoir que la préparation à base aqueuse a été créée pour répondre aux utilisateurs qui se plaignaient de l'odeur de pétrole

respect to the petroleum odour which was given off when using *Busan 30* or *Busan 1030*.

In fact the difference in the formulation of the two petroleum-based *Busan* products and the subject water-based product is not just a substitution of water for the petroleum but the addition of other substances in order to make the chemical (TCMTB) work, i.e., to make the final diluted solution disperse properly, to make the TCMTB soluble and to make it stick to the lumber (Transcript, pages 169-172).

These additions or substances appear to fall within the statutory definition of "control product" themselves as being:

(a) any compound or substance that enhances or modifies or is intended to enhance or modify the physical or chemical characteristics of a control product to which it is added . . .

Ralph's view with respect to the substitution of water as a base to replace the petroleum base and the addition of other substances is set out in the following paragraphs of his affidavit:

15. THAT the composition of the formulated control product *Busan 30WB* is similar to that of formulated control products *Busan 30* or *Busan 1030*, save that the petroleum distillate fraction of *Busan 30* or *Busan 1030* has been replaced with water and appropriate adjustments have been made to the dispersant in the product.

16. THAT the assessment and evaluation of *Busan 30WB* substantially entailed the substitution of the petroleum distillate components of *Busan 30* and *Busan 1030* with equivalent amounts of water.

17. THAT this type of substitution, i.e. water replacing a petroleum distillate, would not be expected to increase the risk of harm to public health, plants, animals or the environment.

Ralph's evidence with respect to the registration of *Busan 30WB* is basically that after he received the application for registration he checked the information on record with respect to the other controlled products containing TCMTB, the active ingredient of *Busan 30WB*, and found that it contained no active ingredients that had not been previously assessed or evaluated pursuant to paragraph 9(2)(a) of the Regulations. He also noted that TCMTB was the active ingredient for *Busan 1030* and *Busan 30* which he deposed had already been registered for anti-sapstain applications (paragraph 9 of Ralph's affidavit).

qui se dégageait à l'utilisation du *Busan 30* ou du *Busan 1030*.

En fait, la différence entre les deux produits *Busan* à base de pétrole et le produit en cause, à base aqueuse, ne réside pas seulement dans la substitution de l'eau au pétrole, mais encore dans l'adjonction d'autres substances destinées à rendre utilisable le composé chimique (TCMTB), c'est-à-dire à garantir que la solution diluée se disperse proprement, que le TCMTB soit soluble et qu'il colle au bois (Transcription des débats, aux pages 169 à 172).

Ces adjuvants ou substances semblent tomber dans le champ d'application de la définition de «produits antiparasitaires», qui comprend:

a) les composés ou substances de nature ou destinés à renforcer ou modifier leurs caractéristiques physiques ou chimiques . . .

L'explication donnée par Ralph au sujet de la substitution de l'eau au pétrole pour servir de base et de l'adjonction d'autres substances figure aux paragraphes suivants de son affidavit:

[TRADUCTION] 15. La composition de la préparation antiparasitaire *Busan 30WB* est semblable à celle des préparations antiparasitaires *Busan 30* et *Busan 1030*, sauf que la fraction de distillat du pétrole contenue dans le *Busan 30* et le *Busan 1030* a été remplacée par de l'eau, et que le dispersant a été rajusté en conséquence.

16. L'évaluation du *Busan 30WB* a occasionné dans une grande mesure le remplacement du distillat du pétrole dans le *Busan 30* et le *Busan 1030* avec une quantité équivalente d'eau.

17. Ce type de substitution, savoir le remplacement d'un distillat du pétrole avec de l'eau, ne devrait pas accroître le risque pour la santé de la population, la végétation, les animaux ou l'environnement.

Au sujet de l'enregistrement du *Busan 30WB*, Ralph témoigne qu'après avoir reçu la demande d'enregistrement, il a vérifié les renseignements disponibles au sujet des autres produits antiparasitaires contenant du TCMTB, l'ingrédient actif du *Busan 30WB*, et est parvenu à la conclusion que celui-ci ne contenait aucun ingrédient actif qui n'eût pas été déjà évalué conformément à l'alinéa 9(2)a) du Règlement. Il fait aussi remarquer que le TCMTB était l'ingrédient actif du *Busan 1030* et du *Busan 30*, lesquels, dit-il, avaient été déjà enregistrés comme produits anti-taches (paragraphe 9 de l'affidavit de Ralph).

In paragraph 18 Ralph went on to say the following:

18. THAT Health and Welfare assessment (Health and Welfare letter of October 25, 1988 attached hereto and marked as Exhibit "B" to this my Affidavit) of Buckman's information relevant to the formulated control product Busan 30WB (Buckman letter of December 22, 1986 attached hereto and marked as Exhibit "C" to this my Affidavit) confirmed that substitution of water for petroleum distillate did not increase the risk of harm of Busan 30WB relative to previously registered control products Busan 30 and Busan 1030.

The simple conclusion which I am apparently asked to draw from Ralph's affidavit evidence is that because TCMTB was the active ingredient of two other anti-sapstain products which had already been registered, and therefore already assessed or evaluated, it was pointless to re-assess or re-evaluate *Busan 30WB*, the only significant change in which, from the earlier registered formulations, was the substitution of a water base for the other two petroleum-based pesticides, which substitution did not increase the risk of harm as confirmed in Health and Welfare's assessment of October 25, 1988. Accordingly, as there had already been an assessment and valuation of TCMTB and as the only change in the new product could not increase the risk of harm, Ralph, acting for the Minister under section 13 of the Regulations took the only logical step possible by registering the pesticide.

I do not agree that I can draw these conclusions from the evidence which has been presented.

In paragraph 6 of his affidavit Ralph refers to the previous evaluations of TCMTB. He gives no indication of the extent of these assessments or evaluations or when they took place. If, as he infers, he was relying upon the presumably favourable assessments and evaluations of TCMTB for not carrying out another assessment or evaluation, then I would have expected to have had put in evidence the specific details of those earlier assessments or evaluations.

Ralph's assertion of his reliance on those early evaluations or assessments as the basis for his registration of *Busan 30WB* is all the more curious when the Minister himself has admitted (Exhibit "S", Applicants' Record, page 76) that TCMTB formulations are not supported by what would be considered a full data package on the active ingredient.

Au paragraphe 18, Ralph a ajouté:

[TRADUCTION] 18. L'évaluation faite par Santé et Bien-être Canada (lettre en date du 25 octobre 1988 de Santé et Bien-être Canada ci-jointe à titre de pièce «B» du présent affidavit) des renseignements fournis par Buckman au sujet du produit anti-parasitaire Busan 30WB (lettre en date du 22 décembre 1986 ci-jointe à titre de pièce «C» du présent affidavit) a confirmé que la substitution de l'eau au distillat du pétrole n'accroissait pas le risque présenté par le Busan 30WB par rapport aux produits antiparasitaires déjà enregistrés Busan 30 et Busan 1030.

La simple conclusion que l'intimé semble m'engager à tirer du témoignage par affidavit de Ralph serait que, le TCMTB étant l'ingrédient actif de deux autres produits anti-taches qui avaient été déjà enregistrés, donc déjà évalués, il ne servirait à rien de réévaluer le *Busan 30WB*, dans lequel le seul changement notable par rapport aux préparations précédemment enregistrées était la substitution de l'eau au distillat du pétrole, laquelle substitution n'ajoutait pas au risque ainsi que l'a confirmé l'évaluation en date du 25 octobre 1988 de Santé et Bien-être Canada. En conséquence, comme le TCMTB avait été déjà évalué et que le seul changement dans le produit n'ajoutait pas au risque pour la santé, Ralph, agissant au nom du ministre sous le régime de l'article 13 du Règlement, a pris la seule mesure logique possible en enregistrant le pesticide en cause.

Je ne pense pas que je puisse tirer pareille conclusion de ce témoignage.

Au paragraphe 6 de son affidavit, Ralph fait état des évaluations précédentes du TCMTB. Il ne dit rien au sujet de la portée ou de la date de ces évaluations. Si, comme il le sous-entend, il s'est fondé sur les évaluations apparemment favorables du TCMTB pour ne pas procéder à une autre évaluation, il aurait dû à tout le moins produire des détails spécifiques de ces évaluations antérieures.

L'affirmation faite par Ralph qu'il s'est fondé sur ces évaluations antérieures pour enregistrer le *Busan 30WB* est d'autant plus curieuse que le ministre lui-même a reconnu (pièce «S», Dossier des requérants, à la page 76) que les préparations contenant du TCMTB n'étaient pas soutenues par un dossier complet des données sur l'ingrédient actif.

It appears from the correspondence between counsel for the applicants and the Minister that the prior registrations of products containing TCMTB were made in the absence of information which would, in 1988 when *Busan 30WB* was registered, be required in order that there be an assessment and evaluation as contemplated by section 18 of the Regulations. I cannot, therefore, see the logic of Ralph, in 1988, relying for registration of a product containing TCMTB upon previous assessments or evaluations which admittedly did not comply with the requirements for registration in 1988.

I note that the prior assessments or evaluations of TCMTB to which Ralph refers in his affidavit are said to have been made pursuant to paragraph 9(2)(a) of the Regulations. This is the regulation which requires the person seeking registration of a control product to produce for the Minister such information as will allow the Minister to determine the safety, merit and value of a control product that has not been previously assessed or evaluated. Paragraph 9(2)(a) specifically states that it is not to limit the generality of subsection 9(1) which permits the Minister to require any information from the applicant to enable him to determine the safety, merit and value of the control product.

Accordingly I can see no reason why an assessment or evaluation of a pesticide pursuant to paragraph 9(2)(a) should prevent the Minister from subsequently asking for a full data package so that an assessment or evaluation contemplated by the Regulations existing at the time of registration can be made.

In any event section 9 deals only with information which is to be supplied by the person seeking registration of a control product. I can see nothing in the *Pest Control Products Act* [R.S.C., 1985, c. P-9] or Regulations which would limit the Minister's determination of the issues raised in paragraph 18(b) or (d) of the Regulations to a consideration of information submitted by the applicants. In fact the Minister has, through his published pamphlet (Applicants' record, page 80), indicated that in making his determination with respect to the safety of a pesticide he will involve in the decision-making process several other federal government departments and their pro-

Il ressort de la correspondance entre l'avocate des requérants et le ministre que l'enregistrement antérieur des produits contenant du TCMTB avait été fait en l'absence de renseignements qui, au moment où le *Busan 30WB* fut enregistré en 1988, seraient requis en vue de l'évaluation prévue à l'article 18 du Règlement. Je ne comprends donc pas que Ralph ait pu, en 1988, se fonder pour l'enregistrement d'un produit contenant du TCMTB sur des évaluations antérieures dont il a reconnu qu'elles n'étaient pas conformes aux conditions d'enregistrement de 1988.

Je note que d'après l'affidavit de Ralph, les évaluations antérieures du TCMTB ont été faites en application de l'alinéa 9(2)a) du Règlement. Cet alinéa fait partie de la disposition portant obligation pour le demandeur de produire les renseignements nécessaires pour permettre au ministre de juger de l'innocuité, des avantages et de la valeur d'un produit antiparasitaire qui n'a pas été évalué auparavant. L'alinéa 9(2)a) prévoit expressément qu'il n'a pas pour objet de restreindre la portée générale du paragraphe 9(1), lequel habilite le ministre à exiger que le demandeur produise tout renseignement nécessaire pour lui permettre de juger de l'innocuité, des avantages et de la valeur du produit antiparasitaire en question.

En conséquence, je ne vois pas pourquoi une évaluation faite sous le régime de l'alinéa 9(2)a) empêcherait le ministre de demander par la suite un dossier complet des données nécessaires en vue de l'évaluation prescrite par le Règlement tel qu'il est en vigueur au moment de l'enregistrement.

Quoi qu'il en soit, l'article 9 ne porte que sur les renseignements que doit produire la personne demandant l'enregistrement d'un produit antiparasitaire. Je ne vois rien dans la *Loi sur les produits antiparasitaires* [L.R.C. (1985), chap. P-9] ou dans le Règlement qui limite la décision prise par le ministre au regard des prescriptions des alinéas 18b) ou d) du Règlement, à l'examen des renseignements produits par le demandeur. En fait, le ministre a indiqué, par sa brochure (Dossier des requérants, à la page 80), que pour se prononcer sur l'innocuité d'un pesticide, il ferait participer au processus décisionnel plusieurs autres ministères fédéraux et leurs homologues pro-

vincial counterparts. I agree with counsel for the respondent that this should not be taken as an undertaking that the Minister will involve all of these authorities in respect of every decision which has to be made pursuant to section 18 of the Regulations but I do regard it as an undertaking given to consult with the appropriate authorities in any given case. In this respect I should add that I equate the phrase "consult with" with the phrase "participate in the decision making."

At the very least I regard it as an undertaking to consider the views of the other authorities in the event that they are asked to submit them.

In this matter the intervenor made its application for registration of *Busan 30WB* on March 29, 1985. On the application itself it was indicated as being a new application as opposed to a modified formulation.

Ralph, who was responsible for the assessment and evaluation of the pesticide and the determination that it was acceptable for registration, deposed:

4. THAT the assessment and evaluation of Busan 30WB and the determination that the product was acceptable for Registration was carried out pursuant to the Regulations and according to Standard Directorate operating practices as summarized in the Affidavit of Janet K. Taylor, sworn on the 9th day of May 1991.

In paragraph 15 of her affidavit, Taylor deposed:

15. THAT complete review of the fundamental properties of the active ingredient, i.e. 2-(thiocyanomethylthio) benzothiazole (TCMTB)—would normally be carried out and is being carried via a special review or re-evaluation pursuant to Section 19 of the Regulations as described in items 18-24 of this my Affidavit, not during the consideration of minor formulation changes, i.e. water substitution in formulated control product, as was entailed in the Busan 30WB application.

In this respect paragraphs 18 to 24 do not appear to me to relate to any special review or re-evaluation of TCMTB being carried out pursuant to section 19 of the Regulations. Section 19 addresses itself to a consideration of the cancellation or suspension of a control product during the period of its registration. As far as I am able to determine the process described in paragraphs 18 to 24 of Taylor's affidavit is directed

vinciaux. Je conviens avec l'avocat de l'intimé qu'il ne faut pas y voir l'engagement par le ministre de faire participer toutes ces autorités à chaque décision à prendre en application de l'article 18 du Règlement, mais j'y vois bien l'engagement de consulter les autorités compétentes dans tous les cas. Je dois ajouter à ce propos qu'à mon sens, «consulter» équivaut à «faire participer au processus décisionnel».

À tout le moins, j'y vois l'engagement de prendre en considération l'avis des autres autorités dans le cas où elles sont invitées à donner cet avis.

En l'espèce, l'intervenante a demandé l'enregistrement du *Busan 30WB* le 29 mars 1985. Il était indiqué sur la demande elle-même qu'il s'agissait d'une nouvelle demande, et non pas de l'enregistrement d'une formule modifiée.

Ralph, qui était chargé de l'évaluation du pesticide et qui a décidé que celui-ci était acceptable pour l'enregistrement, a déposé comme suit:

[TRADUCTION] 4. L'évaluation du Busan 30WB et la décision qu'il était acceptable pour l'enregistrement ont été faites conformément au Règlement et aux méthodes courantes de la Direction, telles qu'elles sont résumées à l'affidavit en date du 9 mai 1991 de Janet K. Taylor.

Au paragraphe 15 de son affidavit, Taylor a déposé comme suit:

[TRADUCTION] 15. L'examen complet des propriétés fondamentales de l'ingrédient actif, c'est-à-dire du thiocyanométhylthio-2 benzothiazole (TCMTB), se fait normalement, comme en l'occurrence, sous forme d'examen spécial ou de réévaluation sous le régime de l'article 19 du Règlement, comme noté aux paragraphes 18 à 24 de mon affidavit, et non pas au cours de l'examen des modifications mineures de formule, savoir la substitution d'une base aqueuse à une autre base dans une préparation de pesticide, comme dans le cas de la demande Busan 30WB.

À cet égard, il ne me semble pas qu'il ait été question aux paragraphes 18 à 24 d'un examen spécial ou d'une réévaluation du TCMTB, effectué en application de l'article 19 du Règlement. Cet article vise l'annulation ou la suspension d'enregistrement. Pour autant que je puisse en juger, les processus exposé aux paragraphes 18 à 24 de l'affidavit de Taylor vise à obtenir d'un groupe d'organismes représentatifs, le

to obtaining from a representative group of bodies, the multi-stakeholder forum, recommendations for a revised federal pest management regulatory system, which report is dated December 1990 and submitted by the multi-stakeholder team to the Minister of Agriculture (Exhibit 1F of the respondent's trial record).

Notwithstanding Taylor's protestations:

14. THAT neither the Regulations nor Directorate operating procedures, manuals, memoranda, etc. would require a product manager to refer the minor formulation change/water dilution entailed in the Busan 30WB application to Health and Welfare prior to making a determination regarding the acceptability of the product for registration nor would such reference to Health and Welfare be expected of a product manager.

Ralph, on August 20, 1985, wrote to the intervenor in the following terms:

Re: BUSAN 30WB

We have completed a preliminary review of your application to register the subject product.

Prior to proceeding with evaluation of the product we will require the following items:

1. Acute toxicity data on the formulated product.
2. Product data sheets on non-actives included in the formulation.

Clifford Ralph

Pesticides Division

(Applicants' record, page 19.)

After receiving these requested studies Ralph, on January 6, 1987, wrote to the intervenor as follows:

Re: Busan WB Liquid Microbicide

Evaluation of this product for compliance with the requirements of the Pest Control Products Act is complete and the registration number 19965 is assigned. Some required corrections are noted on your draft label.

Registration will be granted and the certificate issued when we receive five (5) copies of the printed label.

Clifford Ralph

Product Management Division

(Applicants' record, page 20.)

However, on the same day, Ralph wrote the following letter to the federal department of Health and Welfare:

Re: Busan 30 WB; Reg. No. 19965

groupe de travail de partenaires multiples, des recommandations pour la réforme du système fédéral de réglementation de la lutte antiparasitaire. Le rapport en question, en date de décembre 1990, a été soumis par le groupe de travail au ministre de l'Agriculture (pièce 1F du Dossier de l'intimé).

Malgré cette dénégation de Taylor:

[TRADUCTION] 14. Ni le Règlement ni les instructions, manuels, notes de service, etc. de la Direction n'obligent le gestionnaire des produits à saisir Santé et Bien-être Canada du changement mineur dans la formule/dilution avec de l'eau, opéré dans le Busan 30WB, avant de se prononcer sur l'acceptabilité du produit pour l'enregistrement; pareil renvoi à Santé et Bien-être Canada n'est pas attendu non plus de sa part.

Ralph, le 20 août 1985, a écrit ce qui suit à l'intervenante:

[TRADUCTION] Objet: BUSAN 30WB

Nous avons terminé l'examen préliminaire de votre demande d'enregistrement du produit susmentionné.

Avant de procéder à l'évaluation du produit, nous avons besoin des renseignements suivants:

1. Données en matière de toxicité aiguë du produit.
2. Données sur les ingrédients non actifs contenus dans la préparation.

Clifford Ralph

Division des pesticides.

(Dossier des requérants, à la page 19.)

Après avoir reçu ces données, Ralph a, le 6 janvier 1987, écrit ce qui suit à l'intervenante:

[TRADUCTION] Objet: Microbicide liquide Busan WB

Nous avons terminé l'évaluation de ce produit au regard de la Loi sur les produits antiparasitaires, et lui avons assigné le numéro d'enregistrement 19965. Les corrections nécessaires ont été portées sur votre projet d'étiquette.

L'enregistrement sera accordé et le certificat délivré après que nous aurons reçu cinq (5) exemplaires de l'étiquette imprimée.

Clifford Ralph

Division de la gestion des produits

(Dossier des requérants, à la page 20.)

Le même jour, cependant, Ralph a écrit la lettre suivante au ministère fédéral de la Santé nationale et du Bien-être social:

[TRADUCTION] Objet: Busan 30WB; N° d'enr. 19965

Please find enclosed for your review and comment, acute toxicity studies for the subject product.

1. Index to data
2. Product specification form
3. Proposed product label with revisions
4. Acute oral toxicity
5. Acute dermal toxicity
6. Primary eye irritation study
7. Primary dermal irritation study

The company has indicated that the product is likely to be a sensitizer based on technical TCMTB data.

We will require appropriate wording on the label to identify this hazard.

Acute inhalation study on technical TCMTB is on file. Busan 30 WB is not sprayed prior to diluting the product with water. Specific label statements for spray equipment are included. In addition, "Guidelines for the safe use of TCMTB in wood protection" will be referenced on the product label.

We have proceeded to register Busan 30 WB as an alternative to chlorophenol formulations and have assigned the registration number 19965.

Should your review of these studies result in requirements for further label precautionary statements, the registrant will be required to amend labels at that time.

Thank you in advance for your review of this product.

Sincerely,

C.S. Ralph

Product Management Division

(Applicants' record, page 21.)

Ralph explains his letter of January 6, 1987 to Health and Welfare in paragraph 27 of his affidavit in the following terms:

27. THAT my action in writing to Buckman and subsequently forwarding their information to Health and Welfare as per my letter dated January 6, 1987 attached here and marked as Exhibit "G" to this my Affidavit was part of the effort by the Directorate to provide an opportunity for future comments by Health and Welfare with respect to TCMTB and was independent of the registration process of Busan 30WB.

I cannot accept Ralph's explanation. In my view the wording of his letter of January 6, 1987 to Health and Welfare makes it quite clear that the review and comments requested from Health and Welfare were procedures which formed a part of the registration process. Apart from Ralph's general request for a

Ci-joint, pour avis après examen, les études de toxicité aiguë du produit susmentionné.

1. Index des données
2. Formule du produit
- ^a 3. Projet d'étiquette avec révisions
4. Toxicité orale aiguë
5. Toxicité cutanée aiguë
6. Test préliminaire d'irritation de l'œil
- ^b 7. Test préliminaire d'irritation de la peau

Selon la compagnie, le produit est probablement un sensibilisateur, vu les données techniques du TCMTB.

^c Il nous faudra faire ressortir ce risque par un libellé de l'étiquette en conséquence.

^d Les résultats du test de toxicité aiguë à l'inhalation du TCMTB sont consignés au dossier. Le Busan 30WB n'est pas pulvérisé sans avoir été dilué avec de l'eau. Des indications précises à cet égard figurent sur l'étiquette. En outre, les «Lignes directrices sur l'utilisation sécuritaire du TCMTB pour la protection du bois» seront mentionnées sur l'étiquette du produit.

Nous avons procédé à l'enregistrement du Busan 30WB à titre de produit de substitution aux préparations de chlorophénol, et lui avons assigné le numéro d'enregistrement 19965.

^e Si à l'issue de votre examen de ces études, vous concluez à la nécessité d'ajouter des précautions à l'étiquette, le demandeur sera obligé de modifier celle-ci.

En vous remerciant à l'avance de votre examen de ce produit, etc.

^f

C.S. Ralph

Division de la gestion des produits

(Dossier des requérants, à la page 21)

^g

Ralph a expliqué sa lettre du 6 janvier 1987 à Santé et Bien-être Canada au paragraphe 27 de son affidavit comme suit:

^h [TRADUCTION] 27. Si j'ai écrit à Buckman et subséquemment soumis les renseignements qu'elle m'avait fournis à Santé et Bien-être Canada par ma lettre en date du 6 janvier 1987 (ci-jointe à titre de pièce «G» du présent affidavit), c'est parce que la Direction tenait à donner à ce Ministère la possibilité de nous faire part de ses observations sur le TCMTB, indépendamment du processus d'enregistrement du Busan 30WB.

ⁱ Je ne saurais accepter l'explication de Ralph. À mon avis, il ressort du libellé de la lettre du 6 janvier 1987 que l'examen et les observations attendus de la part de Santé et Bien-être Canada faisaient partie intégrante du processus d'enregistrement. À part la demande générale, faite par Ralph à ce Ministère,

review and comment of the data enclosed in his January 6, 1987 letter he specifically sought guidance on the labelling and undertook to require the intervenor to make label changes if Health and Welfare's review of the studies indicated that such changes were required. The fact that the label for the control product is a part of the registration process is clear because, pursuant to section 5 of the Act, a control product may not be sold in Canada unless the product has been labelled as prescribed and, pursuant to subsection 13(2) of the Regulations, the label forms a part of the registration. Furthermore a cursory review of the Act and Regulations indicates the importance attached to the labelling of control products.

I note that in Ralph's letter of January 6, 1987 to the intervenor he says that evaluation is complete and that registration number 19965 is assigned to the pesticide. The applicants, I presume out of an over-abundance of caution, move that this preliminary decision granting registration be set aside. In fact there is but one decision granting registration and that is the decision of October 19, 1988 pursuant to which the certificate of registration was signed on the same date and it is to that decision that I direct my consideration in this matter.

In its reply of February 6, 1987 to Ralph's letter of January 6, 1987, Health and Welfare incorrectly assumed that *Busan 30WB* had been granted registration and sent the toxicological information to the re-evaluation section of its Pesticides Division because the section to which Ralph had sent the data dealt only with preregistration reviews of the information. Although nothing turns on this distinction, it is interesting to note that Ralph had sent the data to the section the duty of which was to undertake a preregistration review of it. Ralph had, in fact, sent the data to the appropriate section as the pesticide in question had not yet been registered.

In June of 1988 the Re-assessment Section of Health and Welfare's Pesticides Division wrote to Ralph informing him that it was proceeding with its review of the toxicology data base on TCMTB but

d'examiner et de commenter les données jointes à sa lettre du 6 janvier 1987, il a expressément demandé son avis sur l'étiquette et s'est engagé à obliger l'intervenante à la modifier si telle est la conclusion de l'examen des tests par Santé et Bien-être Canada. Il est indéniable que l'étiquette du produit antiparasitaire fait partie intégrante du processus d'enregistrement parce que, selon l'article 5 de la Loi, un produit antiparasitaire ne peut être vendu au Canada s'il ne porte pas l'étiquette réglementaire et que, selon le paragraphe 13(2) du Règlement, l'étiquette est un élément du processus d'enregistrement. D'ailleurs, il suffit de parcourir rapidement la Loi et le Règlement pour se rendre compte de l'importance attachée à l'étiquetage des produits antiparasitaires.

Je note que dans sa lettre du 6 janvier 1987 à l'intervenante, Ralph a informé celle-ci que l'évaluation était terminée et que le numéro d'enregistrement 19965 avait été assigné au produit en cause. Les requérants, par surcroît de précaution, je présume, ont conclu à l'annulation de cette décision d'enregistrement préliminaire. En fait, il n'y a qu'une décision d'enregistrement, il s'agit de celle en date du 19 octobre 1988 en vertu de laquelle le certificat d'enregistrement a été signé le même jour, et c'est cette décision qui fait l'objet de mon jugement en l'espèce.

Dans sa réponse en date du 6 février 1987 à la lettre du 6 janvier 1987 de Ralph, Santé et Bien-être Canada présumait à tort que le *Busan 30WB* avait été enregistré, ce qui faisait que les données toxicologiques étaient transmises à la section de réévaluation de sa Division des pesticides, puisque la section à laquelle Ralph avait envoyé les données s'occupait uniquement de l'examen des renseignements avant l'enregistrement. Bien que cette distinction ne signifie rien de particulier en l'espèce, il est intéressant de noter que Ralph avait envoyé les données à la section chargée de les examiner avant l'enregistrement. En fait, Ralph avait envoyé les données à la section compétente puisque le pesticide en cause n'avait pas encore été enregistré.

En juin 1988, la section de réévaluation de la Division des pesticides de Santé et Bien-être Canada écrivit à Ralph pour l'informer qu'elle procédait à l'examen des données toxicologiques relatives au TCMTB

that it required further information in order to provide a status report.

On October 19, 1988, without obtaining any report from Health and Welfare, Donald Mondor wrote the following letter to the intervenor:

Re: Busan 30 WB; Reg. No. 19965

The review of your application to register this product has been completed. Registration, pursuant to Section 13 of the Pest Control Products Regulations, has been granted.

Your Certificate of Registration and a copy of the label are enclosed. A registration fee of \$25.00 will be deducted from your account.

This submission is now complete.

Donald Mondor.

Registration Officer

Antimicrobial Pesticides Section

(Applicants' record, page 27.)

It was on that date, October 19, 1988, that Mondor certified that registration was granted pursuant to subsection 13(3) of the Regulations.

Only a week later, on October 25, 1988, Health and Welfare wrote to Ralph as follows:

Re: Busan 30 WB toxicity data

We have completed our review of the following toxicity studies submitted by Buckman in support of their request for registration of Busan 30 WB.

- Acute oral toxicity in rat. Hazleton Lab. America. Sample #60906505, Dec. 8/86.
- Acute dermal toxicity in rabbits. Springboard Institute for Bioresearch. Rep. #3138.6.1, March 19/86.
- Primary eye irritation study. (Rabbit) Intox. Lab. Inc. Rep. #362, Prot. #BUC-AT-017, Jan. 24/83.
- Primary dermal irritation study in rabbits. Springboard Institute for Bioresearch Inc. Rep. #3138.6.2, March 14/86.

In general, those studies are adequate, and the conclusions presented appear to be appropriate. However, the chemical identification and characterization of the test material (lot/batch number, purity, contaminants, impurities, stability) are insufficiently described in the study reports.

The above studies showed Busan 30 WB to be moderately toxic via the oral route, slightly toxic via the dermal route and severely irritative to skin and eyes. However, final conclusions concerning the toxicity of this product would be premature at this time since potential long term, oncogenicity and reproduc-

mais qu'elle avait besoin des renseignements complémentaires pour être à même de produire un rapport en la matière.

Le 19 octobre 1988, sans avoir reçu aucun rapport de Santé et Bien-être Canada, Donald Mondor a écrit la lettre suivante à l'intervenante:

[TRADUCTION] Objet: Busan 30WB; Enr. n° 19965

L'instruction de votre demande d'enregistrement de ce produit est terminée. L'enregistrement a été accordé, en application de l'article 13 du Règlement sur les produits antiparasitaires.

Ci-joint votre certificat d'enregistrement et un exemplaire de l'étiquette. Un droit d'enregistrement de 25 \$ sera prélevé sur votre compte.

Le processus est maintenant terminé.

Donald Mondor

Agent d'enregistrement

Section des pesticides antimicrobiens

(Dossier des requérants, à la page 27)

C'est à cette date, le 19 octobre 1988, que Mondor certifiait que l'enregistrement était accordé en application du paragraphe 13(3) du Règlement.

Juste une semaine plus tard, le 25 octobre 1988, Santé et Bien-être Canada a écrit à Ralph ce qui suit:

[TRADUCTION] Objet: Données toxicologiques sur le Busan 30 WB

Nous avons terminé l'examen des études toxicologiques suivantes, soumises par Buckman à l'appui de sa demande d'enregistrement du Busan 30 WB:

- Toxicité orale aiguë chez les rats. Hazleton Lab. America. Échantillon #60906505, 8 déc. 1986.
- Toxicité cutanée aiguë chez les lapins. Springboard Institute for Bioresearch. Rapp. #3138.6.1, 19 mars 1986.
- Étude préliminaire de l'irritation de l'oeil. (Lapins) Rapp. Intox. Lab. Inc. #362, Prot. #BUC-AT-017, 24 jan. 1983.
- Étude préliminaire de l'irritation cutanée chez le lapin. Springboard Institute for Bioresearch Inc. Rapp. #3138.6.2, 14 mars 1986.

Dans l'ensemble, ces études sont satisfaisantes et les conclusions semblent convenables. Cependant, l'identification et la caractérisation chimiques de la matière testée (numéro du lot, pureté, contaminants, impuretés, stabilité) ne sont pas suffisamment présentées dans les rapports d'étude.

Les études susmentionnées montrent que le Busan 30 WB est modérément toxique par voie orale, légèrement toxique par voie cutanée, et très irritant pour la peau et l'œil. Cependant, des conclusions finales sur la toxicité de ce produit seraient pour le moment prématurées puisque les effets potentiels à

tive effects are not addressed in the present submission. A Status Report on TCMTB will be completed in the near future.

Yours truly,

Daniel Galarneau

Reassessment Section

(Respondent's trial record, exhibit 3B.)

As already noted, the Minister, in his letter of February 13, 1990, agreed that TCMTB formulations, of which *Busan 30WB* was one, were not supported by what would be considered to be a full data package on the active ingredient.

It is to the letter of October 25, 1988 from Health and Welfare that Ralph points in paragraph 18 of his affidavit as confirming that the substitution of water for petroleum distillate did not increase the risk of harm of *Busan 30WB* relative to previously registered control products *Busan 30* and *Busan 1030*. With respect to Ralph's view of the October 25, 1988 letter, I am unable to find anything in it which would warrant that conclusion. The letter itself indicates that it is only an interim report and, among other things, says nothing of the effect of the additives, other than water to the new formulation, which additives themselves constituted a control product within the definition assigned to that term in the definition section of the Act.

The scheme of the Act has been accurately described by Cullen J. of this Court in *Monsanto Canada Inc. v. Minister of Agriculture* (1986), 8 C.P.R. (3d) 517 (F.C.T.D.), at page 518, as follows:

The Act is clearly designed to protect the health of the general public from the impact of products that may be dangerous, and imposes significant control mechanisms before a product is permitted to be registered.

This is reflected in sections 4 and 5 of the Act and in the Regulations, particularly, for the purposes of this matter, in sections 13 and 18 to which reference has already been made.

As I see it, paragraph 18(b) of the Regulations does not require an assessment or evaluation of the control product but only a determination that the information provided to the Minister relating to the application for registration is sufficient or insufficient to enable the control product to be assessed or evalu-

long terme en matière d'oncologie et de fonctions reproductrices n'ont pas été étudiés dans le cadre de cette demande. Un rapport sur le TCMTB sera établi sous peu.

Salutations,

a Daniel Galarneau

Section de réévaluation

(Dossier de l'intimé, pièce 3B)

b Comme noté plus haut, le ministre, dans sa lettre du 13 février 1990, a reconnu que les préparations de TCMTB, dont le *Busan 30WB*, n'étaient pas soutenues par un dossier complet des données sur l'ingrédient actif.

c C'est la lettre du 25 octobre 1988 de Santé et Bien-être Canada que Ralph cite au paragraphe 18 de son affidavit, comme confirmant que la substitution de l'eau au distillat du pétrole n'accroissait pas le risque présenté par le *Busan 30WB* par rapport aux produits antiparasitaires précédemment enregistrés, le *Busan 30* et le *Busan 1030*. En ce qui concerne l'interprétation que donne Ralph de cette lettre, je ne vois dans celle-ci rien qui justifie pareille conclusion de sa part. d La lettre elle-même indique qu'il ne s'agit que d'un rapport provisoire et elle ne dit rien de l'effet des adjuvants, autres que l'eau, de la nouvelle préparation, lesquels adjuvants constituent eux-mêmes un produit antiparasitaire au sens de la Loi. e

f L'objet de la Loi a été parfaitement exposé par le juge Cullen de cette Cour dans *Monsanto Canada Inc. c. Ministre de l'Agriculture* (1986), 8 C.P.R. (3d) 517 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 518, en ces termes:

g La Loi vise à protéger la population de produits qui pourraient être dangereux et exige qu'un produit soit rigoureusement contrôlé avant d'en permettre l'enregistrement.

h Cet objet s'incarne dans les articles 4 et 5 de la Loi et dans le Règlement, en particulier, pour notre propos, aux articles 13 et 18 évoqués plus haut.

i Tel que je le comprends, l'alinéa 18b) du Règlement ne prévoit pas l'évaluation du produit antiparasitaire, mais une décision sur la question de savoir si les renseignements fournis au ministre dans le cadre de la demande d'enregistrement sont suffisants pour permettre l'évaluation de ce produit. À supposer que

ated. Presuming there is a determination that the information is sufficient, then the Plant Products Division of the Production and Marketing Branch of the Canadian Department of Agriculture is at liberty to assess or evaluate the control product. Although I am not certain, it appears to me that the evaluation contemplated is that described in paragraph 18(c) of the Regulations and the assessment contemplated is described in paragraph 18(d). However the first step is a determination of the sufficiency of the information so as to permit the product's evaluation or assessment.

In this matter the Minister, in my view, has failed to address his mind to the first step. Ralph said he relied upon the prior registration of control products containing TCMTB and upon the fact that they must have already been assessed or evaluated to dispense with a further assessment or evaluation or a re-assessment or re-evaluation. I find that reasoning to be faulty and unacceptable. In the first place the only information I have, with respect to the assessment or evaluation of TCMTB which took place in relation to the pre-1980 registrations of *Busan 30* and *Busan 1030*, is that they were based on what would not be considered, at the time of the application for registration of *Busan 30WB*, as a full data package, i.e., the information provided to the Minister which resulted in the registration of *Busan 30* and *Busan 1030* was admittedly insufficient to enable those products to be properly assessed or evaluated in accordance with the standards prevailing at the time of the *Busan 30WB* application for registration.

If the information previously submitted was insufficient to enable *Busan 30* and *Busan 1030* to be properly assessed or evaluated in accordance with the requirements applicable to *Busan 30WB* at the time of its registration, then, in my opinion, Ralph was not entitled to rely upon the previous registrations as establishing the sufficiency of the information for the purpose of assessing or evaluating *Busan 30WB*.

The question to which Ralph (the Minister) had to address his mind was whether the information provided to the Minister on the application was sufficient to enable *Busan 30WB* to be properly assessed

les renseignements fournis soient suffisants, la Division des produits végétaux de la Direction générale de la production et de l'inspection des aliments, ministère de l'Agriculture du Canada, peut alors évaluer (en anglais «*assess or evaluate*») le produit antiparasitaire. Bien que je n'en sois pas certain, il me semble que l'évaluation qui correspond au concept anglais d'«*evaluation*» est prévue à l'alinéa 18c) du Règlement, et l'évaluation correspondant au concept d'«*assessment*» est prévue à l'alinéa 18d). Pour l'une et pour l'autre, cependant, la première phase consiste à vérifier si les renseignements fournis sont suffisants pour permettre d'évaluer le produit.

À cet égard, il appert que le ministre a négligé la première phase. Ralph a fait savoir qu'il s'est fondé sur l'enregistrement antérieur des produits antiparasitaires contenant du TCMTB et sur le fait qu'ils avaient été sûrement évalués pour se passer d'une évaluation ou réévaluation. Je trouve ce raisonnement défectueux et inacceptable. En premier lieu, la seule information que j'ai au sujet de l'évaluation faite du TCMTB lors de l'enregistrement avant 1980 du *Busan 30* et du *Busan 1030* est que cette évaluation était basée sur ce qui n'aurait pas été considéré, au moment de la demande d'enregistrement du *Busan 30WB*, comme un dossier complet des données, c'est-à-dire que les renseignements fournis au ministre et qui avaient abouti à l'enregistrement du *Busan 30* et du *Busan 1030* étaient reconnus comme insuffisants pour permettre d'évaluer convenablement ces produits conformément aux normes en vigueur au moment de la demande d'enregistrement du *Busan 30WB*.

Si les renseignements antérieurement fournis n'étaient pas suffisants pour permettre d'évaluer convenablement le *Busan 30* et le *Busan 1030* conformément aux normes applicables au *Busan 30WB* au moment de son enregistrement, j'estime que Ralph n'avait pas le droit de se fonder sur les enregistrements antérieurs pour conclure qu'il avait suffisamment de renseignements pour évaluer le *Busan 30WB*.

La question que Ralph (le ministre) devait examiner était de savoir si les renseignements fournis au ministre étaient suffisants pour permettre d'évaluer convenablement le *Busan 30WB* conformément aux

or evaluated in accordance with the requirements which prevailed in 1985. Ralph did not address his mind to this question but only to the question of whether there was any change in the active ingredient of *Busan 30WB* relative to *Busan 30* and *Busan 1030* and concluded that because there was no change in the active ingredient there would be no need for a new assessment or new evaluation of the control product *Busan 30WB*.

Because Ralph did not address the question of the sufficiency of the information which was, in my view, a condition precedent to the exercise of the Minister's discretion to register or not to register the control product, the Minister exceeded his authority in exercising his discretion when he caused the control product *Busan 30WB* to be registered and that registration must therefore be quashed.

Even if the Minister addressed his mind to the appropriate question and found that the information supplied in relation to the application for registration of *Busan 30WB* was sufficient to enable the control product to be assessed and evaluated, the Minister nevertheless exceeded his authority in exercising his discretion to cause *Busan 30WB* to be registered because the sufficiency decision was patently in error.

Ralph knew or ought to have known that in order to properly assess or evaluate *Busan 30WB* in 1985 or in 1988, when registration took place, a complete data package would be required. Likewise he knew or ought to have known that when TCMTB had been assessed or evaluated for the registration of *Busan 30* and *Busan 1030*, it was assessed or evaluated on the basis of information provided which was insufficient so as to enable a proper assessment or evaluation of TCMTB in 1988. Ralph therefore could not reasonably have concluded that the information provided in relation to the registration of the control product *Busan 30WB* was sufficient, in 1988, to enable a proper evaluation of the product to be made. As Ralph could not reasonably have come to that conclusion the Minister would have exceeded his authority in exercising his discretion in favour of causing

normes en vigueur en 1985. Ralph n'a pas examiné cette question, mais seulement celle de savoir s'il y avait eu un changement dans l'ingrédient actif du *Busan 30WB* par rapport au *Busan 30* et au *Busan 1030*; et il a conclu que puisqu'il n'y avait pas eu de changement dans l'ingrédient actif, une nouvelle évaluation du produit antiparasitaire *Busan 30WB* n'était pas nécessaire.

Puisque Ralph n'a pas instruit la question de savoir si les renseignements fournis étaient suffisants, condition nécessaire, à mon avis, de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre d'accorder ou de refuser l'enregistrement du produit antiparasitaire, le ministre a excédé sa compétence lorsqu'il a exercé son pouvoir discrétionnaire pour permettre l'enregistrement du produit antiparasitaire *Busan 30WB*; cet enregistrement doit donc être annulé.

Même si le ministre avait examiné la question qu'il convenait d'examiner et conclu par la suite que les renseignements fournis dans le cadre de la demande d'enregistrement du *Busan 30WB* étaient suffisants pour permettre l'évaluation, il a quand même excédé sa compétence lorsqu'il a exercé son pouvoir discrétionnaire pour permettre l'enregistrement de ce produit antiparasitaire puisque cette conclusion était manifestement erronée.

Ralph savait ou devait savoir qu'une évaluation convenable du *Busan 30WB* en 1985 ou en 1988, année où eut lieu l'enregistrement, exigeait un dossier complet de données. De même, il savait ou devait savoir qu'au moment où le TCMTB fut évalué en vue de l'enregistrement du *Busan 30* et du *Busan 1030*, cette évaluation se faisait sur la base de renseignements fournis qui n'étaient pas suffisants pour permettre d'évaluer convenablement ce même composé TCMTB en 1988. Il s'ensuit que Ralph ne pouvait raisonnablement conclure que les renseignements fournis en vue de l'enregistrement du produit antiparasitaire *Busan 30WB* étaient suffisants, en 1988, pour permettre d'évaluer convenablement ce produit. Attendu que Ralph n'avait pu raisonnablement tirer pareille conclusion, le ministre a excédé sa compétence lorsqu'il a exercé son pouvoir discrétionnaire

Busan 30WB to be registered and the registration, on that basis as well, must therefore be quashed.

The scheme of the Act, to which I have already made reference, is designed to protect the health of the general public from the impact of control products that may be dangerous.

This design is reflected not only in the Act and the Regulations but also in the January 5, 1984 *Registration Guidelines* relating to the registration of pesticides and other control products under the Act and in the 1985 pamphlet issued by Agriculture Canada numbered 5206/E and entitled *Pesticides in Perspective* (Applicants' record, page 79.)

Under the heading "Regulation of antimicrobial products" in the Guidelines it is provided that an application for registration of a control product must include, among other things, in the case of new active ingredients, as well as previously evaluated active ingredients in respect of which new or modified claims have been made, full documentation by way of scientific and technical data to allow a complete evaluation of the effectiveness and safety of the product.

Counsel for the respondent argues that because TCMTB is the only active ingredient of *Busan 30WB* and as the only significant change in the *Busan 30WB* formulation relative to the previously registered *Busan 30* and *Busan 1030* formulations was substitution of a water base for a petroleum base, the full documentation package was not required in respect of the registration of *Busan 30WB*.

I have some reservations with respect to this submission. It is common ground that there had never been a complete evaluation for TCMTB contemplated by the guidelines at the time of the intervenor's application for registration of *Busan 30WB* due to the lack of complete scientific and technical data. Thus, in this respect, and assuming TCMTB to be the only active ingredient in *Busan 30WB*, an argument can be made that because there was no new active ingredient a complete evaluation was not necessary. If that argument were to be accepted it would be on the basis of a purely technical argument and would

pour permettre l'enregistrement du *Busan 30WB* et, par ce motif également, cet enregistrement doit être annulé.

Comme noté plus haut, la Loi a pour objet de protéger la population de produits antiparasitaires qui pourraient être dangereux.

Cet objet s'exprime non seulement par la Loi et par le Règlement, mais encore par le *Guide d'homologation* du 5 janvier 1984, applicable à l'enregistrement des pesticides et autres produits antiparasitaires visés par la Loi, ainsi que par la brochure publiée en 1985 par Agriculture Canada sous le numéro 5206/E et sous le titre *Les pesticides en perspective* (Dossier des requérants, à la page 79).

Sous la rubrique «Réglementation des produits antimicrobiens», le Guide prévoit que la demande d'enregistrement de tout produit antiparasitaire doit comprendre, entre autres, en cas d'ingrédients actifs nouveaux, et aussi en cas d'ingrédients actifs antérieurement évalués mais faisant l'objet de revendications nouvelles ou modifiées, une documentation complète sous forme de données scientifiques et techniques propres à permettre une évaluation complète de l'efficacité et de l'innocuité du produit.

L'avocat de l'intimé soutient que le TCMTB étant le seul ingrédient actif du *Busan 30WB* et la seule modification notable apportée à ce produit par rapport aux préparations *Busan 30* et *Busan 1030*, antérieurement enregistrées, étant la substitution de la base aqueuse à la base de pétrole, un dossier complet des données n'était pas nécessaire pour l'enregistrement du *Busan 30WB*.

J'ai quelques réserves au sujet de cet argument. Il est constant que faute de données scientifiques et techniques complètes, il n'y avait jamais eu une évaluation complète du TCMTB, telle que la prévoit le guide, au moment où l'intervenante demanda l'enregistrement du *Busan 30WB*. Donc, à supposer que le TCMTB soit le seul ingrédient actif du *Busan 30WB*, on pourrait faire valoir que puisqu'il n'y avait aucun nouvel ingrédient actif, une évaluation complète n'était pas nécessaire. Si cet argument devait être accepté, ce serait uniquement à titre d'argutie qui serait certainement contraire à l'objet de la Loi, puis-

certainly be contrary to the scheme of the Act as it would allow registration of a control product the active ingredient of which had admittedly not been adequately evaluated for effectiveness and safety.

However I need not and will not pursue that line of argument because it is not necessary in view of the conclusions to which I have come with respect to the undertaking given by Agriculture Canada in the pamphlet *Pesticides in Perspective* in the following terms:

The Pest Control Products Act governs the sale and use of all pesticides. It lets Agriculture Canada ensure their safety and effectiveness before they are made available to the public. Health and Welfare Canada, Environment Canada, Fisheries and Oceans Canada and their provincial counterparts all participate in the decision-making.

(Applicants' record, page 80.)

Counsel for the applicants has cited this document as calling into play the doctrine of legitimate or reasonable expectation. The doctrine is outlined by Hugessen J. of the Federal Court of Appeal in *Bendahmane v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 3 F.C. 16 (C.A.), at pages 31-32, in the following terms:

The applicable principle is sometimes stated under the rubric of "reasonable expectation" or "legitimate expectation". It has a respectable history in administrative law and was most forcefully stated by the Privy Council in the case of *Attorney-General of Hong Kong v. Ng Yuen Shiu* [[1983] 2 A.C. 629 (P.C.)]. In that case, Ng was an illegal immigrant to Hong Kong from Macau, one of several thousands. The Government gave a public assurance that each illegal immigrant would be interviewed and each case treated on its merits. Notwithstanding this, Ng, whose illegal status was not in dispute, was ordered deported without being given the opportunity to explain why discretion should be exercised in his favour on humanitarian and other grounds. The Privy Council held that in so acting the authorities had denied Ng's reasonable expectations based upon the Government's own statements. Lord Fraser of Tullybelton put the matter thus (at page 638):

... when a public authority has promised to follow a certain procedure, it is in the interest of good administration that it should act fairly and should implement its promise, so long as implementation does not interfere with its statutory duty. The principle is also justified by the further consideration that, when the promise was made, the authority must have considered that it would be assisted in discharging its duty

qu'il permettrait l'enregistrement d'un produit antiparasitaire dont l'ingrédient actif n'avait pas été convenablement évalué sur le plan de l'efficacité et de l'innocuité.

Cependant, je n'estime pas nécessaire de poursuivre dans cette voie, vu la conclusion à laquelle je suis parvenu au sujet de l'engagement pris par Agriculture Canada dans sa brochure *Les pesticides en perspective*:

La Loi sur les produits antiparasitaires régit la vente et l'utilisation de tous les pesticides et permet à Agriculture Canada d'en assurer l'efficacité et l'innocuité avant leur mise en marché. Santé et Bien-être Canada, Environnement Canada, Pêches et Océans Canada ainsi que les ministères provinciaux équivalents participent aux prises de décision.

(Dossier des requérants, à la page 80)

Pour l'avocate des requérants, ce document met en jeu la doctrine de l'attente légitime ou raisonnable. Cette doctrine est évoquée par le juge Hugessen, de la Cour d'appel fédérale dans *Bendahmane c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 3 C.F. 16, (C.A.), aux pages 31 et 32, en ces termes:

Le principe applicable est parfois énoncé sous la rubrique «expectative raisonnable» ou «expectative légitime». Il a une importante histoire dans le droit administratif, et le Conseil privé l'a énoncé avec fermeté dans l'affaire *Attorney-General of Hong Kong v. Ng Yuen Shiu* [[1983] 2 A.C. 629 (P.C.)]. Dans cette affaire, Ng était un immigrant illégal ayant gagné Hong Kong à partir de Macao comme plusieurs milliers d'autres. Le gouvernement a publiquement promis que chaque immigrant illégal aurait droit à une entrevue, et que chaque cas serait traité selon ses propres faits. Malgré cela, Ng, dont le statut illégal n'était pas contesté, a fait l'objet d'une ordonnance d'expulsion sans avoir la possibilité d'expliquer pourquoi le pouvoir discrétionnaire devrait être exercé en sa faveur pour des raisons humanitaires et autres. Le Conseil privé a statué que, en agissant ainsi, les autorités ont rejeté les expectatives raisonnables de Ng fondées sur les propres déclarations du gouvernement. Lord Fraser of Tullybelton s'est exprimé en ces termes (à la page 638):

[TRADUCTION] ... lorsqu'une autorité publique a promis de suivre une certaine procédure, l'intérêt d'une bonne administration exige qu'elle agisse équitablement et accomplisse sa promesse, pourvu que cet accomplissement n'empêche pas l'exercice de ses fonctions prévues par la loi. Le principe se trouve également justifié par l'autre idée que, lorsque la promesse a été faite, l'autorité doit avoir considéré

fairly by any representations from interested parties and as a general rule that is correct.

In the opinion of their Lordships the principle that a public authority is bound by its undertakings as to the procedure it will follow, provided they do not conflict with its duty, is applicable to the undertaking given by the Government of Hong Kong to the applicant, along with other illegal immigrants from Macau, in the announcement outside the Government House on October 28, that each case would be considered on its merits.

In my view counsel for the applicants has correctly invoked the doctrine in this matter. Agriculture Canada's undertaking to have Health and Welfare participate in the decision-making process of ensuring the safety and effectiveness of a pesticide before Agriculture Canada made it available to the public created in the applicants a legitimate or reasonable expectation that that procedure would be followed. The mere request for Health and Welfare's views and comments did not amount to compliance with that procedural undertaking. Agriculture Canada, in my view, properly determined that it should have the views of Health and Welfare Canada but, in registering the pesticide without considering those views, the respondent Agriculture Canada denied the reasonable expectation of the applicants that Health and Welfare would be included in the decision-making process.

As the applicants were denied their reasonable or legitimate expectation that Health and Welfare would participate in the decision-making process the Minister exceeded his authority or acted without authority in registering *Busan 30WB* in the absence of Health and Welfare's participation.

It follows from that conclusion that *certiorari* will lie to quash the registration.

The certificate of registration of *Busan 30WB* was signed by Mondor on October 19, 1988 and noted, on a portion of the March 29, 1985 application for registration which is apparently the certificate, the following:

This certificate is for the registration period ending December 31, 1990/95.

It is not clear to me if that notation was an extension of the original registration which may have been

que toutes observations de la part des parties intéressées l'aideraient à s'acquitter de ses fonctions équitablement et, règle générale, cela est exact.

Leurs Seigneuries estiment que le principe selon lequel une autorité publique est liée par ses engagements quant à la procédure qu'elle va suivre, pourvu qu'ils ne soient pas incompatibles avec ses fonctions, s'applique à l'engagement que le gouvernement de Hong Kong a donné au requérant, et à d'autres immigrants illégaux venant de Macao, lors de l'annonce faite à l'extérieur de la résidence du gouverneur le 28 octobre, savoir que chaque cas serait examiné selon ses propres faits.

À mon avis, l'avocate des requérants a invoqué à juste titre cette doctrine en l'espèce. L'engagement pris par Agriculture Canada de faire participer Santé et Bien-être Canada aux décisions pour garantir l'innocuité et l'efficacité d'un pesticide donné avant qu'Agriculture Canada n'en autorise la mise en marché a créé chez les requérants l'attente légitime ou raisonnable que cette procédure serait suivie. Une simple invitation faite à Santé et Bien-être Canada de donner son avis n'équivaut pas à l'observation de cet engagement en matière de procédure. À mon avis, Agriculture Canada a décidé à juste titre que l'avis de Santé et Bien-être Canada était nécessaire mais, en enregistrant le pesticide sans avoir pris cet avis en considération, l'intimé ministère de l'Agriculture du Canada a frustré l'attente raisonnable des requérants que Santé et Bien-être Canada participerait à la prise de décision.

Les requérants ayant été frustrés dans leur attente raisonnable ou légitime que Santé et Bien-être Canada participerait à la prise de décision, le ministre a excédé ses pouvoirs ou sa compétence en registrant le *Busan 30WB* sans la participation de ce dernier Ministère.

Il s'ensuit qu'il y a lieu à ordonnance de *certiorari* pour annuler cet enregistrement.

Le certificat d'enregistrement du *Busan 30WB* a été signé par Mondor le 19 octobre 1988, et on note, sur la demande d'enregistrement du 29 mars 1985 qui constitue manifestement le certificat, l'inscription suivante:

[TRADUCTION] Le présent certificat est valide pour la période d'enregistrement qui prend fin le 31 décembre 1990/95.

Je ne sais pas si cette mention signifie une prorogation de l'enregistrement initial qui devait expirer le

due to expire on December 31, 1990 or when or if any consideration was addressed to an expiration date of December 31, 1985 beyond the data which was used to support the registration of October 19, 1988.

In this respect I will assume that is to be taken merely as an extension of the October 19, 1988 certificate of registration and, having found that that certificate should be quashed for the reasons already given, it follows that any extension of it must also be quashed.

The applicants will have their costs.

31 décembre 1990, ou si on avait envisagé l'expiration pour le 31 décembre 1985 au-delà des données à l'appui de l'enregistrement du 19 octobre 1988.

^a Je présumerai qu'il s'agit là d'une prorogation du certificat d'enregistrement du 19 octobre 1988 et, ayant conclu que ce certificat devrait être annulé par les motifs ci-dessus, je conclus que toute prorogation de ce certificat doit être aussi annulé.

^b Les requérants auront droit à leurs dépens.

A-249-91

A-249-91

Her Majesty the Queen (Applicant)**Sa Majesté la Reine (requérante)**

v.

c.

William Lee (Respondent)

a

William Lee (intimé)*INDEXED AS: CANADA v. LEE (C.A.)**RÉPERTORIÉ: CANADA c. LEE (C.A.)*

Court of Appeal, Heald, Stone and Linden JJ.A.—Edmonton, October 23; Ottawa, October 31, 1991.

b

Cour d'appel, juges Heald, Stone et Linden, J.C.A.—Edmonton, 23 octobre; Ottawa, 31 octobre 1991.

Income tax — Practice — Application to review and set aside Tax Court decision dismissing application for review of order awarding costs on solicitor and client basis — Appeal from reassessment allowed and reasons for judgment awarding costs on solicitor and client basis without giving reason therefor — Formal judgment awarding costs on party and party basis — Amended judgment issued awarding costs on solicitor and client basis — Within Tax Court's jurisdiction to issue amended judgment to accord with reasons — Tax Court Judge erred in relying on intrinsic merits of taxpayer's appeal — Solicitor and client costs awarded where misconduct connected with litigation, not for intrinsic merit of case.

c

Impôt sur le revenu — Pratique — Demande visant à faire réviser et annuler la décision de la Cour de l'impôt par laquelle elle a rejeté la demande de révision de l'ordonnance adjugeant les frais sur une base procureur-client — Appel de la nouvelle cotisation accueilli et les motifs du jugement accordent les frais sur la base procureur-client sans en donner les motifs — Le jugement formel adjuge les frais entre les parties — Un jugement modifié est rendu et il adjuge les frais sur la base procureur-client — La Cour de l'impôt est compétente pour rendre un jugement modifié qui concorde avec les motifs — Le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur en s'appuyant sur le bien-fondé intrinsèque de l'appel du contribuable — Les frais procureur-client ne sont accordés qu'en raison d'une faute reliée au litige, et non du bien-fondé intrinsèque de l'affaire.

d

e

Practice — Costs — Tax Court Judge awarding costs on solicitor and client basis — Erred in basing award on intrinsic merits of taxpayer's appeal — Solicitor and client costs exceptional, awarded where misconduct connected with litigation — Appellate court interfering with exercise of judicial discretion where neither supported by reasons nor apparent on record.

f

Pratique — Frais et dépens — Le juge de la Cour de l'impôt a accordé les frais sur une base procureur-client — Il a commis une erreur en appuyant son adjudication sur le bien-fondé intrinsèque de l'appel du contribuable — Les frais procureur-client sont exceptionnels et ils ne sont accordés qu'en raison d'une faute reliée au litige — Une Cour d'appel interviendra dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire lorsque l'exercice de ce pouvoir n'est pas justifié par des motifs ou ne ressort pas du dossier.

g

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

Tax Court of Canada Rules of Practice and Procedure for the Award of Costs (Income Tax Act), SOR/85-119, RR. 9, 10, 12.

h

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.

Règles de pratique et de procédure de la Cour canadienne de l'impôt sur l'adjudication des frais (Loi de l'impôt sur le revenu), DORS/85-119, Règles 9, 10, 12.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Shairp v. M.N.R., [1989] 1 F.C. 562; [1988] 2 C.T.C. 344; (1988), 88 DTC 6484; 93 N.R. 396 (C.A.); *M.N.R. v. Gunnar Mining Ltd.*, [1970] Ex.C.R. 328; [1970] C.T.C. 152; (1970), 70 DTC 6135; *Reading & Bates Construction Co. v. Baker Energy Resources Corp.* (1986), 8 C.I.P.R. 250; 13 C.P.R. (3d) 410; 2 F.T.R. 241

j

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Shairp c. M.N.R., [1989] 1 C.F. 562; [1988] 2 C.T.C. 344; (1988), 88 DTC 6484; 93 N.R. 396 (C.A.); *M.N.R. v. Gunnar Mining Ltd.*, [1970] R.C.É. 328; [1970] C.T.C. 152; (1970), 70 DTC 6135; *Reading & Bates Construction Co. c. Baker Energy Resources Corp.* (1986), 8 C.I.P.R. 250; 13 C.P.R. (3d) 410; 2 F.T.R. 241 (C.F. 1^{re})

(F.C.T.D.); *Amway Corp. v. The Queen*, [1986] 2 C.T.C. 339 (F.C.A.).

COUNSEL:

Helen Turner for applicant.
Glenys Godlovitch for respondent.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Godlovitch, Vomberg, Calgary, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

HEALD J.A.: This is a section 28 [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7] application to review and set aside the decision herein of Judge J. A. Brûlé, a Judge of the Tax Court of Canada dated March 15, 1991. In that decision Judge Brûlé dismissed an application brought by this applicant pursuant to section 10 of the *Tax Court of Canada Rules of Practice and Procedure for the Award of Costs (Income Tax Act)* [SOR/85-119] (hereinafter the Rules)¹ for a review of the order made by Chief Judge Couture in which he awarded costs to the respondent on a solicitor and client basis.

On September 21, 1988, the respondent had filed an appeal from an assessment in respect of his income for the 1982 taxation year. On July 18, 1990,

¹ Rule 10 reads:

10. An application under section 7 or subsection 8(7) or 9(1) shall be made to the Chief Judge within 60 days from

- (a) the day judgment is pronounced,
- (b) the date of taxation, or
- (c) the date of the order or direction or of the taxation of party and party costs giving rise to the question sought to be referred,

respectively, or within such further period of time as may be allowed by a judge on application to the Court made by an appellant or the respondent within those 60 days.

Note: Chief Judge Couture had referred the section 10 application to Judge Brûlé pursuant to Rule 12 which reads:

12. The Chief Judge may designate another judge to deal with any application made to the Chief Judge under these Rules.

inst.); *Amway Corp. c. La Reine*, [1986] 2 C.T.C. 339 (C.A.F.).

AVOCATS:

a Helen Turner pour la requérante.
Glenys Godlovitch pour l'intimé.

PROCUREURS:

b Le sous-procureur général du Canada pour la requérante.
Godlovitch, Vomberg, Calgary, pour l'intimé.

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

LE JUGE HEALD, J.C.A.: Par cette demande fondée sur l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7], la requérante cherche à faire réviser et annuler la décision rendue le 15 mars 1991 par le juge J. A. Brûlé de la Cour canadienne de l'impôt. Dans cette décision, le juge Brûlé a rejeté une demande présentée par la requérante conformément à l'article 10 des *Règles de pratique et de procédure de la Cour canadienne de l'impôt sur l'adjudication des frais (Loi de l'impôt sur le revenu)* [DORS/85-119] (ci-après appelées les Règles)¹ visant à réviser l'ordonnance rendue par le juge en chef Couture par laquelle il a adjugé les frais en faveur de l'intimé sur une base procureur-client.

Le 21 septembre 1988, l'intimé a interjeté appel de la cotisation établie à l'égard de son revenu pour l'année d'imposition 1982. Le 18 juillet 1990, le juge en

¹ La Règle 10 porte que:

10. La demande visée à l'article 7 ou aux paragraphes 8(7) ou 9(1) doit être présentée au juge en chef dans les 60 jours à compter, respectivement,

- a) du prononcé du jugement,*
- b) de la date de la taxation, ou*
- c) de la date de l'ordonnance, des directives ou de la taxation relatives aux frais entre parties et faisant l'objet du renvoi,*

ou après cette période, si un juge, sur demande présentée à la Cour par l'appellant ou l'intimé durant la période de 60 jours, autorise la prolongation de la période.

Remarque: Le juge en chef Couture avait renvoyé au juge Brûlé la demande fondée sur l'article 10, conformément à la Règle 12 qui est libellée ainsi:

12. Le juge en chef peut désigner un autre juge pour traiter toute demande qui lui est soumise dans le cadre des présentes règles.

Chief Judge Couture of the Tax Court of Canada allowed the respondent's appeal and vacated the 1982 income tax assessment in issue. Although the reasons for judgment of Chief Judge Couture stated that costs were to be awarded on a solicitor and client basis, the judgment of the Court itself, dated July 18, 1990, awarded costs on a party and party basis. On July 27, 1990, an amended judgment was issued in which he affirmed the reasons for judgment dated July 18, 1990 and awarded costs to the appellant on a solicitor and client basis.

The reasons for judgment of Chief Judge Couture did not provide any express reasons for the purported award of costs on a solicitor and client basis. Likewise, it appears that no submissions with respect to costs were made to Chief Judge Couture.

At the commencement of the argument before us, the Court raised a threshold problem with counsel relating to the jurisdiction of the Tax Court to issue the amended judgment of July 27, 1990, the effect of which was to change the award of costs from a party and party basis to a solicitor and client basis. Counsel for the applicant submitted that the Tax Court had jurisdiction to issue the amended judgment of July 27, 1990, because the amended judgment expressed the manifest intention of the Court as set out in the reasons for judgment referred to *supra*. Counsel relied on the judgment of this Court in *Shairp v. M.N.R.*² I agree that the *Shairp* decision supports the submissions of counsel. Applicant's counsel relied further on the decision of the Exchequer Court of Canada in *M.N.R. v. Gunnar Mining Ltd.*, [1970] Ex.C.R. 328, at page 340, *per* President Jackett, where the Court held that the Tax Appeal Board (which was a court of record), had the inherent power to change the record of a judgment pronounced by it so that it would accurately express the order actually made by the Board even though there was nothing in the statute law or the regulations that expressly permitted it to do so. I agree that this jurisprudence supports the Tax Court's jurisdiction in the circumstances at bar. Accordingly I am satisfied that the Tax Court did have jurisdiction to issue the amended judgment of July 27, 1990.

² [1989] 1 F.C. 562 (C.A.), *per* Marceau J.A.

chef Couture de la Cour canadienne de l'impôt a accueilli l'appel et a annulé la cotisation établie pour l'année 1982, contestée en l'espèce. Bien que les motifs du jugement du juge en chef Couture précisent que l'adjudication des frais se ferait sur la base procureur-client, le jugement même de la Cour, portant la date du 18 juillet 1990, accordait les frais entre les parties. Le 27 juillet 1990, le juge en chef a rendu un jugement modifié dans lequel il a confirmé les motifs du jugement du 18 juillet 1990 et a accordé les frais à l'appelant sur la base procureur-client.

Les motifs du jugement du juge en chef Couture ne mentionnaient aucun motif explicite justifiant l'adjudication envisagée des frais sur la base procureur-client. En outre, il apparaît qu'aucune observation relative aux frais n'a été présentée au juge en chef Couture.

Dès le début de la plaidoirie soumise à la Cour, celle-ci a soulevé, à l'endroit des avocats, la question préliminaire portant sur la compétence de la Cour de l'impôt à rendre le jugement modifié du 27 juillet 1990, dont l'effet était d'accorder les frais sur la base procureur-client plutôt qu'entre parties. L'avocate de la requérante a soutenu que la Cour de l'impôt était compétente pour rendre le jugement modifié du 27 juillet 1990 puisque celui-ci exprimait l'intention manifeste de la Cour déjà énoncée dans les motifs du jugement précité. L'avocate s'est appuyée sur le jugement rendu par cette Cour dans l'affaire *Shairp c. M.N.R.*². Je conviens que cet arrêt appuie les observations de l'avocate. Cette dernière s'est également appuyée sur la décision de la Cour de l'Échiquier dans l'affaire *M.N.R. v. Gunnar Mining Ltd.*, [1970] R.C.É. 328, à la page 341, le président Jackett, dans laquelle la Cour a conclu que la Commission de révision de l'impôt (qui était un tribunal d'archives) possédait le pouvoir inhérent de modifier le libellé d'un jugement rendu par elle afin de rendre clairement l'ordonnance effectivement rendue par la Commission, nonobstant l'absence, dans la loi ou dans les règlements, de l'autorisation expresse d'agir ainsi. Je conviens que, en l'occurrence, cette jurisprudence appuie la compétence de la Cour de l'impôt. En conséquence, je suis convaincu que celle-ci avait la compétence pour rendre le jugement modifié du 27 juillet 1990.

² [1989] 1 C.F. 562 (C.A.), motifs du juge Marceau, J.C.A.

The applicant alleges threefold error in respect of the decision *a quo*:

- (a) That Judge Brûlé was without jurisdiction to deal with this matter since Rule 9(1) requires the Chief Judge to refer applications of this nature to a panel of three judges;³
- (b) That the Tax Court of Canada has no jurisdiction to award costs on a solicitor and client basis; and
- (c) That this was not a proper case for an award of costs on a solicitor and client basis.

I do not think it necessary to consider the jurisdictional arguments raised in (a) and (b) *supra* since I agree with the applicant that, on this record the respondent has not established a proper basis for the award of solicitor and client costs. Such an award of costs is "normally ordered in respect of the way in which the case has been conducted, not its intrinsic merit".⁴

Judge Brûlé dealt summarily with the issue before him (case, page 136):

I do not have the record of any comments the trial judge made through the course of the hearing at that time but the written judgment reveals certain findings that assist in the determination of the issue in this Application.

He then proceeded to cite four specific passages from the reasons for judgment of Chief Judge Couture and stated, thereafter (case, page 137):

These passages could easily lead me to the conclusion that the Appellant should never have been forced to appeal to the Court, and accordingly, the trial judge was correct in making an award on a solicitor and client basis.

In my opinion, Judge Brûlé was in error when he relied on the intrinsic merits of the taxpayer's appeal. Such a basis was disapproved of in the *Reading &*

³ Rule 9(1) reads:

9.(1) Notwithstanding any other provision in these Rules, the Chief Judge may, either on his own motion or on application by an appellant or the respondent if in his opinion special circumstances exist, refer to a panel of three judges designated by him for determination any question arising out of the application of or pertaining to these Rules.

⁴ Compare: *Reading & Bates Construction Co. v. Baker Energy Resources Corp.* (1986), 8 C.I.P.R. 250 (F.C.T.D.), at p. 285, *per* Strayer J.

La requérante soutient qu'une triple erreur a été commise dans la décision contestée:

- a) Le juge Brûlé n'était pas compétent pour trancher cette question puisque la Règle 9(1) exige que le juge en chef renvoie les demandes de cette nature à un tribunal de trois juges³;
- b) La Cour canadienne de l'impôt n'est pas compétente pour accorder les frais sur la base procureur-client;
- c) Il ne s'agissait pas d'un cas justifiant l'adjudication des frais sur la base procureur-client.

Je ne crois pas nécessaire d'étudier les arguments concernant la compétence soulevés dans les paragraphes a) et b), précités, puisque je conviens avec la requérante que, compte tenu du présent dossier, l'intimé n'a démontré aucun motif justifiant l'adjudication des frais sur la base procureur-client. Une adjudication de cette nature n'est accordée qu'«en fonction de la conduite de l'affaire et non de son mérite intrinsèque»⁴.

Le juge Brûlé a traité brièvement de la question dont il était saisi (dossier, à la page 136):

[TRADUCTION] Je n'ai en ma possession aucun renseignement sur les commentaires formulés par le juge de première instance au cours de l'audience, mais le jugement écrit révèle certaines conclusions qui aident à trancher la question soulevée par la demande.

Il a ensuite cité quatre passages particuliers des motifs du jugement rendus par le juge en chef Couture avant de dire (dossier, à la page 137):

[TRADUCTION] Je pourrais facilement déduire de ces passages que l'appelant n'aurait jamais dû se voir obligé d'en appeler à la Cour, et en conséquence, c'est à juste titre que le juge de première instance a adjugé les frais sur la base procureur-client.

À mon avis, le juge Brûlé a commis une erreur en s'appuyant sur le bien-fondé intrinsèque de l'appel du contribuable. Dans l'affaire *Reading & Bates*, pré-

³ La Règle 9(1) est ainsi libellée:

9.(1) Par dérogation à toute autre disposition des présentes règles, le juge en chef peut de son propre chef ou à la demande de l'appelant ou de l'intimé, s'il estime que des circonstances extraordinaires le justifient, renvoyer pour examen à un tribunal de trois juges désignés par lui toute question qui résulte de l'application des présentes règles ou s'y rapporte.

⁴ Comparer: *Reading & Bates Construction Co. c. Baker Energy Resources Corp.* (1986), 8 C.I.P.R. 250 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 285, motifs du juge Strayer.

Bates case supra. The decision of this Court in *Amway Corp. v. The Queen*⁵ is also relevant. In that case, Mr. Justice Mahoney stated:

Costs as between solicitor and client are exceptional and generally to be awarded only on the ground of misconduct connected with the litigation.

He added:

While an appellate court is reluctant to interfere with what is essentially an exercise of judicial discretion, it will necessarily do so when that exercise of discretion is not supported by reasons or apparent on the record. [Emphasis added.]

I consider the situation at bar to be quite similar to that in *Amway, supra*. Chief Judge Couture did not support the award of solicitor and client costs with reasons nor is there any support visible on the record. My perusal of the passages of Chief Judge Couture's reasons relied on by Judge Brûlé does not persuade me that those passages contain any support whatsoever for an award of solicitor and client costs. All four passages relate to the merits of the appeal and do not allege, in any way, misconduct connected with the litigation. Furthermore, the Chief Judge, in making the comments in the passages relied on, refers to "documentary evidence"; "financial information" and "financial data". This material which was before him and relied on by him is not a part of the record before this Court. Consequently, it is not possible to draw any conclusions with respect to that evidence.

In any event, as noted *supra*, it is not the kind of evidence required to support an order for solicitor and client costs. Accordingly, I would allow the section 28 application, set aside the decision of Tax Court Judge J. A. Brûlé and, pursuant to paragraph 52(d) of the *Federal Court Act*, order that the matter be referred back to the Tax Court of Canada for the taxation of costs on a party and party basis.

STONE J.A.: I agree.

LINDEN J.A.: I agree.

citée, on a désapprouvé une telle action. La décision de la Cour dans l'affaire *Amway Corp. c. La Reine*⁵ est également pertinente. Le juge Mahoney y a dit:

Les frais entre le procureur et son client sont exceptionnels et ne doivent généralement être accordés qu'en raison d'une faute reliée au litige.

Il a ajouté:

Bien qu'un tribunal d'appel hésite à intervenir dans ce qui est essentiellement l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré aux juges, il le fera nécessairement lorsque l'exercice de ce pouvoir n'est pas justifié par des motifs ou ne ressort pas du dossier. [C'est moi qui souligne.]

Je suis d'avis que la situation en l'espèce est tout à fait semblable à celle de l'affaire *Amway*, précitée. Le juge en chef Couture n'a appuyé d'aucun motif l'adjudication des frais sur la base procureur-client, et il ne ressort aucun motif du dossier. Après avoir lu les passages des motifs du juge en chef Couture sur lesquels le juge Brûlé s'est appuyé, je ne suis pas convaincu que ces passages justifient de quelque façon une adjudication des frais sur la base procureur-client. Les quatre passages portent sur le bien-fondé de l'appel, et ils ne mentionnent aucune faute reliée au litige. Par ailleurs, en formulant ses commentaires dans les passages motivant la décision du juge Brûlé, le juge en chef renvoie à une «preuve documentaire», à des «renseignements financiers» et à des «données financières». Ces éléments qui lui ont été soumis et sur lesquels il s'est appuyé ne font pas partie du dossier soumis à cette Cour. Par conséquent, il est impossible de tirer des conclusions à l'égard de ces éléments de preuve.

Quoi qu'il en soit, comme nous l'avons déjà mentionné, il ne s'agit pas du genre d'élément requis pour appuyer une ordonnance adjugeant les frais sur la base procureur-client. En conséquence, j'accueillerais la demande fondée sur l'article 28, j'annulerais la décision du juge J. A. Brûlé de la Cour de l'impôt et, conformément à l'alinéa 52d) de la *Loi sur la Cour fédérale*, j'ordonnerais que l'affaire soit renvoyée à la Cour canadienne de l'impôt afin que les frais soient taxés entre parties.

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

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

⁵ [1986] 2 C.T.C. 339 (F.C.A.), at pp. 340-341.

⁵ [1986] 2 C.T.C. 339 (C.A.F.), aux p. 340 et 341.

<p>A-163-90</p> <p>Her Majesty the Queen (<i>Appellant</i>)</p> <p>v.</p> <p>Sally Margaret Swanson, Administratrix of the Estate of Terrance Albert Swanson, also known as Terry Swanson, deceased, Sally Margaret Swanson in her capacity as Next Friend of Caitlin Jessica Swanson, Allison Ann Swanson and William Terrance Swanson, all infants (<i>Respondents</i>)</p> <p>A-162-90</p> <p>Her Majesty the Queen (<i>Appellant</i>)</p> <p>v.</p> <p>Virginia Peever, Administratrix of the Estate of Gordon Donald Peever, deceased, Virginia Peever in her personal capacity, and Virginia Peever in her capacity as Next Friend of Gordon Nathan Chad Peever and Shirlene Frances Peever, both infants (<i>Respondents</i>)</p> <p><i>INDEXED AS: SWANSON v. CANADA (MINISTER OF TRANSPORT) (C.A.)</i></p> <p>Court of Appeal, Heald, MacGuigan and Linden J.J.A.—Edmonton, February 13 and 14; Ottawa, May 22, 1991.</p> <p><i>Crown — Torts — Liability of Crown for harm resulting from negligence of regulated air carrier — Crown immunity limited to policy functions — Air safety inspectors not making policy — Monitoring air safety operational activity — Duty of care owed to passengers — Standard of care depending on risk and severity of harm — No reasonably proportionate response to airline's continued non-compliance with safety norms — Standard of reasonably competent inspector not met — Multiple factors contributing to accident — Test of causation whether defendant's negligence substantially contributed to plaintiffs' loss.</i></p> <p><i>Air law — Liability of Crown for damages resulting from fatal air crash — Government inspectors aware of repeated safety standards violations by carrier but merely giving warnings — Crown immunized against liability for policy decisions — Aviation inspectors not high, policy-making government officials — Not concerned with viability of industry, political</i></p>	<p>A-163-90</p> <p>Sa Majesté la Reine (<i>appelante</i>)</p> <p>c.</p> <p>^a Sally Margaret Swanson, administratrice de la succession de Terrance Albert Swanson, également connu sous le nom de Terry Swanson, décédé, Sally Margaret Swanson, en sa qualité de tutrice à l'instance de Caitlin Jessica Swanson, d'Allison Ann Swanson et de William Terrance Swanson, tous mineurs (<i>intimés</i>)</p> <p>A-162-90</p> <p>^c Sa Majesté la Reine (<i>appelante</i>)</p> <p>c.</p> <p>Virginia Peever, administratrice de la succession de Gordon Donald Peever, décédé, Virginia Peever, en sa qualité personnelle, et Virginia Peever, en sa qualité de tutrice à l'instance de Gordon Nathan Chad Peever et de Shirlene Frances Peever, tous deux mineurs (<i>intimés</i>)</p> <p>^e <i>RÉPERTORIÉ: SWANSON c. CANADA (MINISTRE DES TRANSPORTS) (C.A.)</i></p> <p>Cour d'appel, juges Heald, MacGuigan et Linden, J.C.A.—Edmonton, 13 et 14 février; Ottawa, 22 mai 1991.</p> <p><i>Couronne — Responsabilité délictuelle — Responsabilité de la Couronne à l'égard d'un préjudice découlant de la négligence d'un transporteur aérien réglementé — L'immunité de la Couronne se limite aux fonctions de politique — Les inspecteurs de la sécurité aérienne n'élaborent pas de politique — La surveillance relative à la sécurité aérienne est une activité opérationnelle — Il y a une obligation de diligence envers les passagers — Le degré de diligence dépend du risque et de la gravité du préjudice — Absence de réaction raisonnablement proportionnée à l'inobservation continue des normes de sécurité de la part de la compagnie aérienne — Le critère de l'inspecteur raisonnablement compétent n'a pas été respecté — De multiples facteurs ont contribué à l'accident — Le critère du lien de causalité consiste à se demander si la négligence de la défenderesse a contribué de façon importante au préjudice subi par les demandeurs.</i></p> <p><i>Droit aérien — Responsabilité de la Couronne à l'égard des dommages découlant d'un accident d'avion mortel — Les inspecteurs du gouvernement savaient que le transporteur violait régulièrement les normes de sécurité mais se sont contentés de lui servir des avertissements — Immunité de la Couronne relativement aux décisions de politique — Les inspecteurs de</i></p>
---	--

fall-out from enforcement actions — Inspectors owing duty of care to airline passengers — Standard of care — Matters to be taken into consideration — Compliance measures to be applied progressively — Administrative measures not preferred for first offence where clearly ineffective in promoting air safety — Inaction of government officials contributing to airline's lax safety environment, a causa sine qua non of crash.

This was an appeal from a Trial Division judgment finding the Crown contributorily negligent in a fatal airplane crash, and apportioning one third of the responsibility to the appellant.

Wapiti Aviation was a small commercial carrier serving Edmonton and towns in northern Alberta. On April 4, 1984, a government inspector made a report detailing many violations of the *Aeronautics Act* and Air Navigation Orders (ANO). This report was discussed with the airline's chief pilot, who promised they would be put right. They were not. On August 17, 1984, another inspector reported "a total disregard for regulations, rights of others and safety of passengers. If they persist in this manner of operations for a much longer period we are virtually certain to be faced with a fatality." Wapiti did not maintain its aircraft properly. It pressured pilots to minimize expenses even if that meant neglecting safety and compliance with the Act and ANOs. Even in weather which called for instrument (IFR) flying, pilots were encouraged to fly visually (VFR) to save fuel. They were taught to use landing techniques which were contrary to the regulations and to good practice. IFR flights, which demand more of pilots, were generally carried out without a co-pilot, to free the seat for a paying passenger. Pilots who complained were fired—14 pilots had been dismissed in the six months preceding the crash. Transport Canada had received reports of irregularities at Wapiti from current and past employees.

The appellant's *Air Carrier Certification Manual* for inspectors suggests, as warning signs of unsafe operation, inadequate maintenance of equipment and high pilot turnover. To the appellant's knowledge, both of these were present at Wapiti.

There are a variety of penalties that the Aviation Regulation Branch can impose in case of non-compliance by carriers, including warnings, limiting conditions on operating licences,

l'aviation ne sont pas des hauts fonctionnaires qui élaborent des politiques — Ils ne sont pas concernés par la viabilité de l'industrie ni par les répercussions politiques des mesures de contrainte qu'ils prennent — Les inspecteurs ont une obligation de diligence envers les passagers des compagnies aériennes — Norme de diligence — Éléments dont il faut tenir compte — Les mesures d'observation doivent être appliquées progressivement — En cas de première infraction, on ne doit pas préférer les mesures administratives lorsque celles-ci sont manifestement impuissantes à promouvoir la sécurité aérienne — L'inertie des fonctionnaires du gouvernement a contribué à la création d'un climat de relâchement de la sécurité de la compagnie aérienne, climat qui constitue un facteur déterminant de l'accident.

Il s'agit d'un appel d'un jugement par lequel la Section de première instance a conclu à la négligence de la part de la Couronne qui avait contribué à l'accident d'avion fatal, et par lequel la Section de première instance a imputé le tiers de la responsabilité à l'appelante.

Wapiti Aviation était un petit transporteur commercial qui desservait Edmonton et des villes du nord de l'Alberta. Le 4 avril 1984, un inspecteur du gouvernement a remis un rapport dans lequel il faisait état de nombreuses infractions à la *Loi sur l'aéronautique* et aux Ordonnances sur la navigation aérienne (ONA). On a discuté de ce rapport avec le pilote en chef de la compagnie aérienne qui a promis que les choses s'amélioreraient. Ce ne fut pas le cas. Le 17 août 1984, un autre inspecteur a signalé que l'on ne tenait [TRADUCTION] «aucunement compte des règlements, des droits des autres personnes et de la sécurité des passagers. Si cette manière d'opérer se poursuit encore longtemps, il est pratiquement certain que nous aurons à faire face à un accident mortel». Wapiti n'entretenait pas bien ses avions. Elle faisait des pressions sur les pilotes pour qu'ils minimisent les dépenses même si cela voulait dire qu'on négligeait la sécurité et l'observation de la Loi et des ONA. Même lorsque les conditions météorologiques exigeaient d'effectuer des vols selon les règles de vol aux instruments (IFR), on encourageait les pilotes à effectuer des vols selon les règles de vol à vue (VFR) pour épargner du carburant. On leur enseignait à utiliser des techniques d'atterrissage qui étaient contrairement aux règlements et aux bons usages. Les vols aux instruments, qui exigent davantage des pilotes, étaient généralement effectués sans copilote, pour permettre à un passager qui payait sa place d'occuper le siège. Les pilotes qui se plaignaient étaient congédiés (14 pilotes ont été congédiés dans la période de six mois qui a précédé l'accident). D'anciens et d'actuels employés de Wapiti avaient signalé des irrégularités à Transports Canada.

Le *Manuel de certification des transporteurs aériens* de l'appelante suggère, comme des signes avertisseurs d'opérations qui ne sont pas exercées en toute sécurité, des défauts dans l'entretien des avions et le nombre élevé de changements de pilotes. À la connaissance de l'appelante, ces deux signes existaient chez Wapiti.

La Direction générale de la réglementation aérienne peut appliquer diverses peines en cas de non-observance de la part des transporteurs. Elle peut notamment émettre des avertisse-

licence suspension, prosecution, and licence cancellation. Warnings were issued for half of the violations detected at Wapiti; no action was taken in respect of the others. The appellant decided to watch Wapiti more closely. No limitation was placed on the airline's authority to fly visual flights at night and instrument flights without a co-pilot.

On October 19, 1984, at 19:10, Wapiti flight 402 took off from Edmonton in bad weather, to fly single-pilot IFR to High Prairie, Alberta. Only one of the two automatic direction finders on board was working. The pilot received clearance to descend to 7,000 feet but continued below that level in the hope of making visual contact with the ground. The aircraft was off course. The pilot did not use the automatic pilot, assuming that, like three of the four auto-pilots at Wapiti, it was not operational. He was unable to make radio contact with ground control at High Prairie. At 20:04, the plane crashed in the Swan Hills, 20 miles from its destination, killing six of the nine passengers on board.

The Trial Judge held that the fatal crash was caused by the negligence of the pilot, the airline, and Transport Canada, and apportioned responsibility equally. From that finding the Crown appeals.

Held, the appeal should be dismissed.

Some governmental functions, including legislative and judicial ones, are immune from liability for negligence as long as they are carried out in good faith. The Crown must be free to govern without becoming subject to tort liability for its policy decisions. Tort immunity should, however, be granted sparingly to Crown agencies. Only decisions which are truly decisions of policy, usually made at higher levels and involving social, political and economic factors, are exempt. There is no immunity for actions which are administrative, operational or in the nature of business.

Operational activities of Crown servants can give rise to a duty of care. Here, the field staff making the enforcement decisions were neither elected representatives nor high officials, and they did not make policy but implemented it. They should not be concerned with the economic health of the industry, the availability of air transportation to the public, or any political repercussions of their actions. Their profession was safety. Their duty to apply the regulations, so far as they affected safety, was a civil duty owed to the passengers of Wapiti.

The standard of care which applies to the discharge of that duty is the same as for other persons who work in a particular vocation: that of a reasonable person engaging in that activity. In determining whether they behaved as would reasonably

ments, restreindre les conditions d'une licence d'exploitation, suspendre la licence, entamer des poursuites, ou annuler la licence. On avait servi des avertissements pour la moitié des violations constatées chez Wapiti; aucune mesure n'avait été prise à l'égard des autres infractions. L'appelante a décidé de surveiller Wapiti de plus près. On n'a pas limité l'autorisation accordée à la compagnie aérienne d'effectuer des vols à vue de nuit et des vols aux instruments sans copilote.

Le 19 octobre 1984, à 19 h 10, le vol 402 de Wapiti est parti d'Edmonton par mauvais temps à destination de High Prairie (Alberta) avec un seul pilote à bord. Le pilote a suivi les règles de vol aux instruments (IFR). Un seul des deux radiogoniomètres automatiques qui se trouvaient à bord fonctionnait. Le pilote a reçu l'autorisation de descendre à 7 000 pieds mais est descendu plus bas dans l'espoir d'établir un contact visuel avec le sol. L'avion avait dévié de sa route. Le pilote n'a pas utilisé le pilote automatique parce qu'il avait présumé qu'il ne fonctionnait pas, comme c'était le cas pour trois pilotes automatiques sur quatre chez Wapiti. Il n'a pas réussi à entrer en communication avec la tour de contrôle de High Prairie. À 20 h 04, l'avion s'est écrasé dans les Swan Hills, à 20 milles de sa destination. Des neuf passagers qui se trouvaient à bord, six ont été tués.

Le juge de première instance a statué que l'accident mortel était imputable à la négligence du pilote, de la compagnie aérienne et de Transports Canada et a partagé la responsabilité en parts égales. La Couronne en appelle de cette conclusion.

Arrêt: l'appel devrait être rejeté.

Certaines fonctions gouvernementales, dont les fonctions législatives et les fonctions judiciaires, sont à l'abri de la responsabilité civile délictuelle à condition qu'elles soient exercées de bonne foi. La Couronne doit pouvoir être libre de gouverner sans encourir une responsabilité civile délictuelle à l'égard de ses décisions de politique. L'immunité délictuelle ne devrait toutefois être accordée qu'avec parcimonie aux organismes de la Couronne. Seules sont exemptes les véritables décisions de politique qui sont généralement prises à un haut niveau et qui comportent des facteurs sociaux, politiques ou économiques. Il n'y a pas d'immunité dans le cas des actes qui sont administratifs, opérationnels ou qui ont trait aux affaires.

Les activités opérationnelles des préposés de la Couronne peuvent donner lieu à une obligation de diligence. En l'espèce, les fonctionnaires qui ont pris les décisions d'application n'étaient ni des représentants élus ni des hauts fonctionnaires et ils n'élaboraient pas de politiques mais les mettaient en œuvre. Ils ne devraient pas être concernés par la santé économique de l'industrie aéronautique, par la disponibilité du transport aérien pour le public ou par les répercussions politiques de leurs actes. Leur profession était la sécurité. Leur obligation d'appliquer les règlements dans la mesure où ils concernaient la sécurité était une obligation civile de diligence à laquelle ils étaient tenus envers les passagers de Wapiti.

La norme de diligence à laquelle sont tenues les personnes qui sont soumises à cette obligation est la même que celle qui est exigée de toute autre personne qui s'acquitte d'une mission déterminée, c'est-à-dire celle de la personne raisonnable se

competent inspectors in similar circumstances, the Court had to consider custom and practice, legislation and relevant guidelines. The risk and severity of harm were to be balanced against the object and the cost of remedial measures. It was also necessary that available resources be taken into account.

Compliance measures were meant to be applied in a progressive way, according to the seriousness of non-compliance and taking into account any repetition of the infraction. There was a guideline in an ANO which prescribed that no deviation be permitted from standards essential to safety. The Enforcement Manual, while contemplating that administrative measures be preferred for most first infractions, stipulates that they not be relied on where they "would be clearly ineffective in promoting flight safety and compliance". The failure to meet that standard was not brought about by a lack of personnel resources: there was staff time to inspect the airline and to meet with Wapiti management. Rather, it was based on the judgment of field staff. They failed to apply the proportionate responses of a sound compliance policy. To accept promises of remedial action after those promises were found to be empty did not meet the standard of reasonably competent inspection.

Where multiple factors cause the plaintiff's injury, the test of causation is whether the defendant's negligence substantially contributed to the accident. Had Transport Canada taken measures against Wapiti's known non-compliance, one or more of the factors which brought about the accident would not have been present: there might have been a co-pilot on board, both direction finders might have been functioning, the pilot might have had confidence in his auto-pilot, he might not have been taught by Wapiti's management to violate weather minima. Most importantly, the appellant's inaction substantially contributed to a lax safety environment at Wapiti. That environment was a *causa sine qua non* of the fatal crash. While the appellant was not obligated to take specific action, such as suspending the right to undertake single-pilot IFR flights, its failure to take any action reasonably related to the gravity of Wapiti's contraventions was a cause without which the plaintiffs' loss would not have occurred.

Unless there is a clear error of principle, the apportionment of liability should not be interfered with by an appellate court.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Aeronautics Act, R.S.C., 1985, c. A-2, ss. 4(a), 21(1), (8).
Aeronautics Act, R.S.C. 1970, c. A-3.
Crown Liability Act, R.S.C., 1985, c. C-50, ss. 3(a), 8.
Crown Liability Act, R.S.C. 1970, c. C-38.

livrant à cette activité. Pour déterminer s'ils se sont comportés comme le feraient des inspecteurs raisonnablement compétents dans des circonstances analogues, le tribunal a dû tenir compte de la coutume et de l'usage, des dispositions législatives et des lignes directrices applicables. Il a dû comparer le risque de préjudice et sa gravité avec l'objet et le coût des mesures correctives. Il lui a également fallu tenir compte des ressources disponibles.

Les mesures d'observance ont été conçues pour être appliquées progressivement selon la gravité de l'inobservation et en tenant compte des récidives. Une des lignes directrices des ONA prescrivait qu'on ne pouvait autoriser aucune dérogation aux normes fondamentales de sécurité aérienne. Bien qu'il précise qu'on doit prendre de préférence des mesures administratives pour la plupart des premières infractions, le Manuel de l'application des règlements déclare qu'on ne doit pas y recourir lorsque [TRADUCTION] «elles seraient manifestement inefficaces lorsqu'il s'agit de promouvoir la sécurité aérienne et d'encourager le respect des règlements». Le défaut de respecter cette norme n'est pas imputable à un manque de ressources en personnel; le personnel avait le temps d'inspecter la compagnie aérienne et de rencontrer la direction de Wapiti. Ce défaut était fondé sur l'opinion des fonctionnaires, qui n'ont pas appliqué les réponses proportionnées d'une bonne politique d'observance. En acceptant des promesses de mesures correctives après qu'on eut découvert que ces promesses étaient vides, on n'a pas respecté la norme applicable aux inspections raisonnablement compétentes.

Lorsque de nombreux facteurs ont contribué au préjudice subi par la partie demanderesse, le critère du lien de causalité est celui de savoir si la négligence de la partie défenderesse a contribué de façon importante à l'accident. Si Sports Canada avait pris des mesures contre l'inobservation dont elle savait Wapiti coupable, un ou plusieurs des facteurs qui ont provoqué l'accident n'auraient pas existé: il y aurait peut-être eu un copilote à bord, les radiogoniomètres auraient peut-être fonctionné tous les deux, le pilote aurait peut-être eu confiance en son pilote automatique, la direction de Wapiti ne lui aurait peut-être pas enseigné à enfreindre les règles atmosphériques minimales. Mais surtout, l'inertie de l'appelante a contribué de façon significative au climat peu sûr qui régnait chez Wapiti. Ce climat constitue un facteur déterminant de l'accident fatal. Même si l'appelante n'était pas obligée de prendre des mesures précises, comme de suspendre le droit d'effectuer des vols IFR à pilote unique, son omission de prendre des mesures raisonnablement liées à la gravité des contraventions de Wapiti constitue une cause sans laquelle le préjudice que les demandeurs ont subi ne se serait pas produit.

Sauf en cas d'erreur de droit manifeste, le tribunal d'appel ne doit pas modifier le partage de la responsabilité.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Crown Proceedings Act 1947 (R.-U.), 1947, chap. 44.
Federal Tort Claims Act, 28 U.S.C. §1346 (1982).
Loi sur l'aéronautique, L.R.C. (1985), chap. A-2, art. 4a), 21(1), (8).

Crown Liability Act, S.C. 1953, c. 30.
Crown Proceedings Act 1947 (U.K.), 1947, c. 44.
Federal Tort Claims Act, 28 U.S.C. §1346 (1982).
Worker's Compensation Act, S.A. 1981, c. W-16, s. 18(2).

Loi sur l'aéronautique, S.R.C. 1970, chap. A-3.
Loi sur la responsabilité de la Couronne, S.R.C. 1970, chap. C-38.
Loi sur la responsabilité de la Couronne, S.C. 1953, chap. 30.
Loi sur la responsabilité de l'État, L.R.C. (1985), chap. C-50, art. 3a), 8.
Worker's Compensation Act, S.A. 1981, chap. W-16, art. 18(2).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Kamloops (City of) v. Nielsen et al., [1984] 2 S.C.R. 2; (1984), 10 D.L.R. (4th) 641; [1984] 5 W.W.R. 1; 29 C.C.L.T. 97; *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228; (1989), 64 D.L.R. (4th) 689; [1990] 1 W.W.R. 385; 103 N.R. 1; *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311; (1990), 110 N.R. 200.

CONSIDERED:

Welbridge Holdings Ltd. v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg, [1971] S.C.R. 957; (1970), 22 D.L.R. (3d) 470; [1972] 3 W.W.R. 433; *Wilsher v. Essex Area Health Authority*, [1988] 2 W.L.R. 557 (H.L.).

REFERRED TO:

The King v. Cliche, [1935] S.C.R. 561; [1936] 1 D.L.R. 195; *Anns v London Borough of Merton*, [1977] 2 All ER 492 (H.L.); *Dalehite v. United States*, 346 U.S. 15 (Ct. App. 1952); *Murphy v. Brentwood D C*, [1990] 2 All ER 908 (H.L.); *Rothfield v. Manolakos*, [1989] 2 S.C.R. 1259; (1989), 63 D.L.R. (4th) 449; [1990] 1 W.W.R. 408; 102 N.R. 249; *Tock v. St. John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 S.C.R. 1181; (1989), 64 D.L.R. (4th) 620; 104 N.R. 241; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; 23 Q.A.C. 1; (1989), 45 M.P.L.R. 1; 94 N.R. 1; *Barratt v. Corporation of North Vancouver*, [1980] 2 S.C.R. 418; (1980), 114 D.L.R. (3d) 577; 27 B.C.L.R. 182; 14 C.C.L.T. 169; 13 M.P.L.R. 116; 8 M.V.R. 294; 33 N.R. 293; *Letnik v. Toronto (Municipality of Metropolitan)*, [1988] 2 F.C. 399; (1988), 49 D.L.R. (4th) 707; 44 C.C.L.T. 69; 82 N.R. 261 (C.A.).

AUTHORS CITED

Bowman, M. J. and Bailey, S. H. "Negligence in the Realms of Public Law—A Positive Obligation to Rescue?", [1984] *Public Law* 277.
 Bowman, M. J. and Bailey, S. H. "The Policy/Operational Dichotomy—A Cuckoo in the Nest", [1986] *C.L.J.* 430.
 Canada, *Report of the Commission of Inquiry on Aviation Safety*, Ottawa: Supply & Services, 1981 (Commissioner: Charles L. Dubin).
 Canada, Law Reform Commission of Canada, *The Legal Status of the Federal Administration* (Working Paper

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Kamloops (Ville de) c. Nielsen et autres, [1984] 2 R.C.S. 2; (1984), 10 D.L.R. (4th) 641; [1984] 5 W.W.R. 1; 29 C.C.L.T. 97; *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228; (1989), 64 D.L.R. (4th) 689; [1990] 1 W.W.R. 385; 103 N.R. 1; *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; (1990), 110 N.R. 200.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Welbridge Holdings Ltd. c. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg, [1971] R.C.S. 957; (1970), 22 D.L.R. (3d) 470; [1972] 3 W.W.R. 433; *Wilsher v. Essex Area Health Authority*, [1988] 2 W.L.R. 557 (H.L.).

DÉCISIONS CITÉES:

The King v. Cliche, [1935] R.C.S. 561; [1936] 1 D.L.R. 195; *Anns v London Borough of Merton*, [1977] 2 All ER 492 (H.L.); *Dalehite v. United States*, 346 U.S. 15 (Ct. App. 1952); *Murphy v. Brentwood D C*, [1990] 2 All ER 908 (H.L.); *Rothfield c. Manolakos*, [1989] 2 R.C.S. 1259; (1989), 63 D.L.R. (4th) 449; [1990] 1 W.W.R. 408; 102 N.R. 249; *Tock c. St. John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 R.C.S. 1181; (1989), 64 D.L.R. (4th) 620; 104 N.R. 241; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; 23 Q.A.C. 1; (1989), 45 M.P.L.R. 1; 94 N.R. 1; *Barratt c. Corporation of North Vancouver*, [1980] 2 R.C.S. 418; (1980), 114 D.L.R. (3d) 577; 27 B.C.L.R. 182; 14 C.C.L.T. 169; 13 M.P.L.R. 116; 8 M.V.R. 294; 33 N.R. 293; *Letnik c. Toronto (Municipalité de la Communauté urbaine)*, [1988] 2 C.F. 399; (1988) 49 D.L.R. (4th) 707; 44 C.C.L.T. 69; 82 N.R. 261 (C.A.).

DOCTRINE

Bowman, M. J. and Bailey, S. H. «Negligence in the Realms of Public Law—A Positive Obligation to Rescue?», [1984] *Public Law* 277.
 Bowman, M. J. and Bailey, S. H. «The Policy/Operational Dichotomy—A Cuckoo in the Nest», [1986] *C.L.J.* 430.
 Canada, *Rapport de la Commission d'enquête sur la sécurité aérienne*, Ottawa: Approvisionnement et Services, 1981 (commissaire: Charles L. Dubin).
 Canada, Commission de réforme du droit du Canada. *Le statut juridique de l'administration fédérale* (Document

no. 40) Ottawa: Law Reform Commission of Canada, 1985.

Dussault, René and Borgeat, Louis. *Administrative Law: A Treatise*, vol. 5, 2nd ed., Toronto: Carswell, 1990.

Feldthusen, Bruce. *Economic Negligence*, 2nd ed., Toronto: Carswell, 1989.

Fleming, J. G. "Probabilistic Causation in Tort Law" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 661.

Fleming, J. G. *The Law of Torts*, 7th ed., Sydney: Law Book Co. Ltd., 1987.

Hogg, Peter W. *Liability of the Crown*, 2nd ed., Toronto: Carswell Co. Ltd., 1989.

Makuch, Stanley M. *Canadian Municipal and Planning Law*, Toronto: Carswell Co. Ltd., 1983.

Ontario Law Reform Commission, *Report on the Liability of the Crown*, Toronto: Ministry of the Attorney General, 1989.

COUNSEL:

D. B. Logan and B. Ritzen for the appellant.
L. Leighton Decore for respondents.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.

Biamonte, Cairo & Shortreed, Edmonton, for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English

LINDEN J.A.: On the evening of October 19, 1984, a Piper Chieftain aircraft, owned by Wapiti Aviation Ltd., Flight 402, crashed into the Swan Hills near High Prairie, Alberta, killing six of the nine passengers aboard. Terrance Albert Swanson and Gordon Donald Peever were among the passengers who died in that tragic crash. Their widows and families sued the federal Crown for damages, alleging that the negligence of its employees contributed to their loss.

Mr. Justice Walsh, at trial [[1990] 2 F.C. 619], held in their favour, finding that there was a duty owed to them by the Crown, that this duty was breached and that this caused loss to the plaintiffs. He apportioned liability equally among Wapiti, Eric Vogel, the pilot, and the Crown. This appeal was launched by counsel for the Crown, who contended that there was no duty

de travail n° 40), Ottawa: Commission de réforme du droit du Canada, 1985.

Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on the Liability of the Crown*, Toronto: ministère du Procureur général, 1989.

Dussault, René et Borgeat, Louis. *Traité de droit administratif*, vol. 3, 2^e éd., Québec: Presses de l'Université Laval, 1989.

Feldthusen, Bruce. *Economic Negligence*, 2nd ed., Toronto: Carswell, 1989.

Fleming, J. G. *The Law of Torts*, 7th ed., Sydney: Law Book Co. Ltd., 1987.

Fleming, J. G. «Probabilistic Causation in Tort Law» (1989), 68 *Rev. du Bar. can.* 661.

Hogg, Peter W. *Liability of the Crown*, 2nd ed., Toronto: Carswell Co. Ltd., 1989.

Makuch, Stanley M. *Canadian Municipal and Planning Law*, Toronto: Carswell Co. Ltd., 1983.

AVOCATS:

D. B. Logan et B. Ritzen pour l'appelante.
L. Leighton Decore pour les intimés.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante

Biamonte, Cairo & Shortreed, Edmonton, pour les intimés.

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

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Le soir du 19 octobre 1984, un avion Piper Chieftain appartenant à Wapiti Aviation Ltd., le vol 402, s'est écrasé dans les Swan Hills près de High Prairie, en Alberta. Des neuf personnes qui se trouvaient à bord, six ont été tuées. Terrance Albert Swanson et Gordon Donald Peever se trouvaient au nombre des passagers qui sont morts dans ce tragique accident. Leur veuve et les membres de leur famille ont poursuivi la Couronne fédérale en dommages-intérêts en alléguant que la négligence de ses employés avait contribué au préjudice qu'ils avaient subi.

Au procès [[1990] 2 C.F. 619], le juge Walsh leur a donné gain de cause en concluant que la Couronne était tenue d'une obligation envers eux, qu'il y avait eu manquement à cette obligation et que ce manquement avait causé un préjudice aux demandeurs. Il a partagé la responsabilité également entre Wapiti, le pilote, Eric Vogel, et la Couronne. Le présent appel a

owed by the administration, that there was no negligence and, if there was, that there was no proof that this conduct caused the crash. In any event, they submitted, the apportionment was erroneous.

The *Aeronautics Act*, R.S.C., 1985, c. A-2, as amended, declares that it is, among other things, the “duty of the Minister . . . to supervise all matters connected with aeronautics” [paragraph 4(a)]. Wide powers to pass regulations are granted to the Minister. The Canadian Transport Commission is established. Included in its functions is the issuance of licences to operate commercial air service (subsection 21(1)). Notwithstanding the issuance of a licence, however, “no air carrier shall operate a commercial air service unless he holds a valid and subsisting certificate issued to him by the Minister certifying that the holder is adequately equipped and able to conduct a safe operation” (subsection 21(8)). Hence there is a two-step procedure for airlines: the acquisition of a licence to establish a commercial air service, which is obtained from the CTC, and then receiving an operating certificate, which is secured from the Aviation Regulation Branch of Transport Canada.

Pursuant to this regulatory power, Air Navigation Orders (ANO) and policy directives were promulgated setting out the standards of safety which the Branch and its inspectors must enforce. If there was non-compliance, they had many powers, including the authority to suspend permission to fly single-pilot IFR (Instrument Flight Rules), to fly night VFR (Visual Flight Rules), to revoke the appointment of management personnel, to cancel approval of certain routes, destinations and departure times, to conduct interviews with pilots to ensure safety, and, if necessary, the tough measure of operating licence suspension. In addition, they could refer matters to the Department of Justice or the RCMP for further investigation and possible prosecution. Compliance measures were meant to be administered in a progressive way, enforcement measures increasing in severity if the violations persisted.

été interjeté par les avocats de la Couronne, qui prétendent que l'Administration n'était tenue d'aucune obligation, qu'il n'y a pas eu de négligence et que, s'il y en a eu, il n'a pas été prouvé que cette conduite a avait causé l'accident. Ils prétendent qu'en tout état de cause, le partage de la responsabilité est erroné.

La *Loi sur l'aéronautique*, L.R.C. (1985), chap. A-2, telle que modifiée, déclare que le ministre est chargé notamment «de diriger toutes les affaires se rattachant à l'aéronautique» [l'alinéa 4a)]. De larges pouvoirs de réglementation sont accordés au ministre. La Commission canadienne des transports est constituée. Elle est notamment chargée de délivrer des licences d'exploitation de services aériens commerciaux (paragraphe 21(1)). Toutefois, nonobstant la délivrance d'une licence, «nul transporteur aérien ne peut exploiter un service aérien commercial à moins qu'il ne détienne un certificat valide, que lui a délivré le ministre, attestant que le titulaire possède l'équipement suffisant et est en mesure de diriger avec sécurité un service de transporteur aérien» (paragraphe 21(8)). Les compagnies aériennes sont donc soumises à une procédure à deux étapes: elles doivent d'abord obtenir une licence pour établir un service commercial aérien, laquelle licence est délivrée par la CCT, puis recevoir un certificat d'exploitation, qu'elles se procurent auprès de la Direction générale de la réglementation aérienne de Transports Canada.

En vertu de ce pouvoir de réglementation, des Ordonnances sur la navigation aérienne (ONA) et des directives d'orientation ont été adoptées. On y énonce les normes de sécurité que la Direction générale et ses inspecteurs doivent faire respecter. En cas d'observation, ceux-ci disposent de nombreux pouvoirs, dont celui de suspendre la permission d'effectuer des vols IFR (règles de vol aux instruments) à pilote unique ou d'effectuer des vols de nuit VFR (règles de vol à vue), de révoquer des cadres, d'annuler l'approbation de certains itinéraires, destinations et heures de départ, de mener des entrevues avec des pilotes pour assurer la sécurité et, au besoin, d'aller jusqu'à suspendre une licence d'exploitation. En outre, ils peuvent renvoyer des questions au ministère de la Justice ou à la GRC pour qu'ils mènent une enquête plus approfondie et qu'ils intentent éventuellement des poursuites. Les mesures d'observation sont con-

There have been difficulties in the past regarding the safety of commercial air travel, which led to the establishment of the Dubin inquiry in 1979 [*Report of the Commission of Inquiry on Aviation Safety*], following another study by Slaughter and Carswell in 1977. Airlines have taken chances they should not have taken in order to complete flights that should not have been completed or flown at all. Safety, it appears, has been sometimes compromised in the pursuit of profit in this industry, as in others.

The Western Region of the Aviation Regulation Branch of the Department of Transport is responsible for administering the Act, the regulations and ANO's in Alberta, northeastern British Columbia, the Yukon and the western half of the Northwest Territories. The Western Regional Director had a staff of 75 people, 9 of whom were air carrier inspectors and 2 of whom were enforcement officers (1 full-time and 1 part-time). In the Western Region there were over 11,000 licensed pilots, 5,000 aircraft, 175 air carriers, 40 flying schools and 40 corporate aviation departments to administer.

One of these small carriers in the Western Region was Wapiti Aviation Ltd., which served Edmonton, High Prairie, Grand Prairie and Peace River. Delbert Wells and his son, Dale Wells, ran the airline. Delbert Wells, the father, served as the operations manager, even though he lacked the proper qualifications for the job and had not been approved by Transport Canada. Dale Wells, the son, was chief pilot, chief flying instructor, designated flight test examiner and chief maintenance engineer, giving him more responsibility than he could properly exercise.

Wapiti was not a model airline. Competition was fierce. Routine checks on aircraft, which had to be done at regular intervals, were done infrequently. Pilots were expected to complete their flights on time

çues pour être appliquées progressivement et les mesures de contrainte sont censées devenir de plus en plus sévères si les violations persistent.

a La sécurité du transport aérien commercial a connu par le passé des difficultés qui ont conduit en 1979 à l'enquête Dubin [*Rapport de la Commission d'enquête sur la sécurité aérienne*], à la suite d'une autre étude menée par Slaughter et Carswell en 1977. Les compagnies aériennes ont pris des risques qu'elles n'auraient pas dû prendre pour terminer des vols qui n'auraient pas dû être terminés, voire même entrepris. Il semble que la sécurité ait été à l'occasion mise en péril par la recherche de profit à laquelle on assiste dans cette industrie, comme dans d'autres.

d La région de l'Ouest de la Direction générale de la réglementation aérienne du ministère des Transports est chargée d'appliquer la Loi, les règlements et les ONA en Alberta, dans le nord-est de la Colombie-Britannique, au Yukon et dans la moitié ouest des Territoires du Nord-Ouest. Le directeur régional de l'Ouest a un personnel de 75 personnes, dont neuf sont des inspecteurs de transporteurs aériens et deux sont des agents de l'autorité (un à temps plein et un à temps partiel). Dans la région de l'Ouest, il y avait à l'époque plus de 11 000 pilotes titulaires de licence, 5 000 aéronefs, 175 transporteurs aériens, 40 écoles de pilotage et 40 services d'aviation d'affaires à administrer.

g L'un de ces petits transporteurs de la région de l'Ouest était Wapiti Aviation Ltd., qui desservait Edmonton, High Prairie, Grande Prairie et Peace River. Delbert Wells et son fils, Dale Wells, dirigeaient la compagnie aérienne. Delbert Wells, le père, exerçait les fonctions de directeur des opérations, même s'il ne possédait pas les qualités requises pour le poste et que sa nomination n'avait pas été approuvée par Transports Canada. Dale Wells, le fils, agissait comme pilote en chef, instructeur de vol en chef, examinateur désigné des tests en vol et technicien d'entretien en chef, ce qui lui imposait plus de responsabilités que ce qu'il pouvait convenablement assumer.

j Wapiti n'était pas une compagnie aérienne modèle. La concurrence était acharnée. Les vérifications régulières des avions, qui devaient être effectuées à intervalles réguliers, étaient rarement faites. L'on exigeait

and as cheaply as possible, regardless of weather conditions and the state of the aircraft. Pilots were encouraged to fly under Visual Flight Rules (VFR) even when the weather was not suitable for this method of flying. They were allowed to fly under the more fuel-intensive Instrument Flight Rules (IFR) only if absolutely necessary, and then they generally did so without a co-pilot. This put the pilots under a great deal of pressure. Pilots who complained about this were fired, usually before they had completed 90 days, so that they were not entitled to two weeks' notice. This was described as a "revolving door" policy, which is understandable, since, in a six-month period before the crash, there was a turnover of 14 pilots at Wapiti.

There were many violations of ANO's by Wapiti and several complaints were made by its pilots to Transport Canada. This led to a report written by Inspector Lidstone dated April 4, 1984, which outlined many violations in operational control. It gave examples of irregularities based on information given by Wapiti employees, past and present. This report was discussed with Dale Wells, who promised the superintendent that things would improve. He was trusted, but little was done by him to deserve this trust.

Another shocking report, dated August 17, 1984, was written by Inspector Griffiths, following a further visit to Transport Canada by several Wapiti pilots, including Mr. Vinderskov. This report warned:

There is a total disregard for regulations, rights of others and safety of passengers. If they persist in this manner of operation for a much longer period we are virtually certain to be faced with a fatality.

A meeting was held following this memo and it was decided by Mr. Davidson, the Regional Director, to keep a closer watch on Wapiti and collect more evidence, but nothing more was done in terms of additional enforcement.

des pilotes qu'ils terminent leurs vols à temps et à aussi bon marché que possible, indépendamment des conditions atmosphériques et de l'état de l'avion. On encourageait les pilotes à effectuer des vols selon les règles de vol à vue (VFR) même lorsque les conditions météorologiques ne s'y prêtaient pas. On ne leur permettait d'effectuer des vols selon les règles de vols aux instruments (IFR)—qui consomment davantage de carburant—qu'en cas d'absolue nécessité, et ils les effectuaient généralement sans copilote. Les pilotes étaient ainsi soumis à de très fortes pressions. Les pilotes qui se plaignaient de cette situation étaient congédiés, habituellement avant d'avoir accumulé 90 jours de service, de sorte qu'ils n'avaient pas droit à un préavis de deux semaines. Cette politique a été qualifiée de politique de la [TRADUCTION] «porte tournante», ce qui est compréhensible puisque dans la période de six mois qui a précédé l'accident, il y a eu quatorze remplacements de pilotes chez Wapiti.

Wapiti a commis de nombreuses infractions aux ONA et ses pilotes ont adressé plusieurs plaintes à Transports Canada. Cela a conduit à un rapport en date du 4 avril 1984 dans lequel l'inspecteur Lidstone a fait état de nombreuses infractions en matière de contrôle opérationnel. Il a donné des exemples d'irrégularités fondés sur des renseignements fournis par d'anciens ou d'actuels employés de Wapiti. On a discuté de ce rapport avec Dale Wells, qui a promis que les choses s'amélioreraient. On lui a fait confiance, mais il n'a pas fait grand-chose pour mériter cette confiance.

L'inspecteur Griffiths a rédigé un autre rapport bouleversant, daté du 17 août 1984, après avoir reçu à nouveau la visite de plusieurs pilotes de Wapiti, dont M. Vinderskov. L'auteur du rapport a formulé l'avis suivant:

[TRADUCTION] L'on ne tient aucunement compte des règlements, des droits des autres personnes et de la sécurité des passagers. Si cette manière d'opérer se poursuit encore longtemps, il est pratiquement certain que nous aurons à faire face à un accident mortel.

Une rencontre a eu lieu à la suite de cette note de service et le directeur régional, M. Davidson, a décidé de surveiller Wapiti de plus près et de recueillir davantage d'éléments de preuve, mais aucune autre mesure de contrainte n'a été prise.

Eric Vogel, who had joined Wapiti on August 30, 1984, was 24 years old at the time. He took off in bad weather from Edmonton on the fateful evening of October 19, 1984 at 19:10, flying alone under Instrument Flight Rules (IFR). He requested from Edmonton Air Traffic Control a routing direct to High Prairie. One of his two automatic direction finders was not working. His flight was cleared to descend to 7,000 feet. Vogel, intending to see whether he could land under Visual Flight Rules, descended further, by "cruise descent" below 5,600 feet, the lowest permissible altitude, hoping to reach 2,800 feet where he might be able to see the land below. This was the procedure he was shown by Dale Wells during training which facilitated landings in situations where they would otherwise be impossible. He tried to contact ground control at High Prairie, but the radio operator was not at her post. Vogel did not use the auto pilot, because he had assumed (mistakenly) that it was not operating, like three out of four of the auto-pilots at Wapiti. He suddenly emerged from a cloud and, at 20:04, crashed into the Swan Hills, which he had wrongly assumed were a distance away. He was then 20 miles from High Prairie airport. Vogel survived the crash, but six of the nine passengers were killed.

Eric Vogel, qui était entré au service de Wapiti le 30 août 1984, était âgé de 24 ans à l'époque. Il a décollé par mauvais temps d'Edmonton le soir fatigué du 19 octobre 1984 à 19 h 10. Il était le seul pilote à bord et il a suivi les règles de vol aux instruments (IFR). Il a demandé au contrôle de la circulation aérienne d'Edmonton le plus court chemin pour High Prairie. L'un de ses deux radiogoniomètres automatiques ne fonctionnait pas. Il a obtenu l'autorisation de descendre à 7 000 pieds. Voulant vérifier s'il pouvait atterrir selon les règles de vol à vue, Vogel est descendu plus bas, en effectuant une «descente en régime de croisière» à moins de 5 600 pieds, l'altitude la plus basse permise, espérant atteindre une altitude de 2 800 pieds à laquelle il pourrait voir le sol. C'est la façon de procéder que lui avait enseignée Dale Wells au cours de sa formation pour faciliter les atterrissages dans des situations où ceux-ci ne seraient pas autrement possibles. Il a essayé d'entrer en communication avec la tour de contrôle de High Prairie, mais l'opératrice radio n'était pas à son poste. Vogel n'a pas utilisé le pilote automatique, parce qu'il avait présumé (à tort) qu'il ne fonctionnait pas, comme c'était le cas pour trois pilotes automatiques sur quatre chez Wapiti. Il a soudainement surgi d'un nuage et, à 20 h 04, s'est écrasé dans les Swan Hills, qu'il croyait à tort encore à une certaine distance. Il se trouvait alors à 20 milles de l'aéroport de High Prairie. Vogel a survécu à l'accident, mais six des neuf passagers ont été tués.

In order to recover in negligence, there must be a duty, a breach of that duty and loss caused as a result.

Pour obtenir gain de cause dans une action fondée sur la négligence, il doit y avoir une obligation, un manquement à cette obligation et un préjudice causé par suite de ce manquement.

1. The Duty Issue

1. La question de l'obligation

The first legal issue to consider, therefore, is whether there was a civil duty to use reasonable care owed by the Crown to the families of the deceased men. Historically, there was no liability in tort for the Crown. Because there was no jurisdiction in any of the courts to try the King, and because of the principle that "the King can do no wrong", those injured at the hands of the Crown were without a legal remedy. Later, upon a petition, the Crown could voluntarily submit itself to the jurisdiction of the Court. A custom grew up that, if employees of the Crown com-

La première question juridique à examiner est par conséquent celle de savoir si la Couronne était tenue envers les membres de la famille des hommes décédés d'une obligation de nature civile de faire preuve de diligence raisonnable. Historiquement, la Couronne était à l'abri de toute responsabilité délictuelle. Comme il était impossible de poursuivre le roi devant les tribunaux et à cause du principe selon lequel «le roi ne peut agir contrairement au droit», ceux qui subissaient un préjudice du fait de la Couronne n'avaient aucun recours en justice. Plus tard,

mitted torts for which they could be held liable, the Crown would stand behind their servants and voluntarily pay any damage award that was rendered. (See Dussault and Borgeat, *Administrative Law: A Treatise* (2d ed. 1990) Volume 5.)

Understandably, this state of affairs came under attack. Dicey and other scholars, as well as several royal commissions in the United Kingdom, urged that the Crown's immunity from tort liability be eliminated so that the Crown would be subject to the rule of law in the same way as other citizens were (*ibid.*, at page 11). Eventually legislation was enacted in the United Kingdom and Canada which permitted tort actions against the Crown in certain circumstances. (See the *Crown Proceedings Act 1947* (U.K.), 1947, c. 44; *Crown Liability Act*, S.C. 1953, c. 30, now R.S.C., 1985, c. C-50.) Quebec, Australia and New Zealand had earlier done away with the Crown immunity by virtue of judicial decisions based on special circumstances. (See, for example, *The King v. Cliche*, [1935] S.C.R. 561.) The Americans also enacted legislation in this area (see *Federal Tort Claims Act*, 1946, now 28 U.S.C. §1346 (1982)).

Pursuant to the Canadian *Crown Liability Act*, R.S.C. 1970, c. C-38, now R.S.C., 1985, c. C-50, therefore, an action in tort may now be brought in the Federal Court of Canada. Paragraph 3(a) of the Act states that the "Crown is liable in tort for the damages for which, if it were a private person of full age and capacity, it would be liable . . . in respect of a tort committed by a servant of the Crown." While there are still problems with this statute which have evoked calls for further reform, both federally and provincially, (see Ontario Law Reform Commission, *Report on the Liability of the Crown* (1989); Law Reform Commission of Canada, *The Legal Status of the Federal Administration* (1985)), they are not relevant in this case. Thus, pursuant to this legislation, if

sur présentation d'une pétition, la Couronne pouvait volontairement se soumettre à la compétence de la Cour. Une coutume s'est établie suivant laquelle si les employés de la Couronne commettaient des délits dont ils pouvaient être tenus responsables, la Couronne défendait ses préposés et payait volontairement tout montant adjugé en dommages-intérêts (voir Dussault et Borgeat, *Traité de droit administratif*, 2^e éd., 1989, volume 3).

Comme on peut le comprendre, cet état de fait a fait l'objet de critiques. Dicey et d'autres théoriciens, ainsi que plusieurs commissions royales du R.-U., ont recommandé avec insistance la suppression de l'immunité dont bénéficiait la Couronne en matière de responsabilité délictuelle de façon à la soumettre à la primauté du droit au même titre que les autres citoyens (*ibidem*, à la page 11). Des lois ont par la suite été édictées au Royaume-Uni et au Canada pour permettre d'engager des poursuites en responsabilité civile contre la Couronne dans certaines circonstances (voir *Crown Proceedings Act 1947* (R.-U.), 1947, chap. 44 et la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, S.C. 1953, chap. 30, maintenant la *Loi sur la responsabilité de l'État*, L.R.C. (1985), chap. C-50). Le Québec, l'Australie et la Nouvelle-Zélande avaient déjà supprimé l'immunité de la Couronne en vertu de décisions judiciaires d'espèce (voir, par exemple, l'arrêt *The King v. Cliche*, [1935] R.C.S. 561). Les Américains ont également adopté des lois dans ce domaine (voir la *Federal Tort Claims Act*, 1946, maintenant 28 U.S.C. §1346 (1982)).

Aux termes de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, S.R.C. 1970, chap. C-38, maintenant la *Loi sur la responsabilité de l'État*, L.R.C. (1985), chap. C-50, il est maintenant possible d'introduire une action en responsabilité civile délictuelle devant la Cour fédérale du Canada. L'alinéa 3a) de la Loi dispose: «En matière de responsabilité civile délictuelle, l'État est assimilé à une personne physique, majeure et capable, pour . . . les délits civils commis par ses préposés». Bien que cette Loi comporte encore des problèmes qui ont suscité des appels à d'autres réformes, tant sur le plan provincial que sur le plan fédéral (voir Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on the Liability of the Crown* (1989); Commission de réforme du droit du Canada,

a servant of the Crown would be liable, the Crown is liable in tort for any damages caused by him.

There are, however, in addition to Crown liability hurdles, principles of tort law that complicate the situation. Courts are reluctant to second-guess decisions that are made in the political sphere because of their respect for the separation of powers theory and because they recognize that theirs is an “awkward vantage point from which to assess public policy decisions with multilateral implications.” (See Feldthusen, *Economic Negligence* (2d ed. 1989) at page 284.) They have, therefore, created an immunity for certain types of governmental activities which cannot be attacked by means of a negligence action as long as they are done in good faith. Other acts of government are amenable to negligence actions, however. That there should be a sphere of government conduct that should be beyond the reach of tort law is not disputed; what is disputed, however, is the scope of that immunity. This Court must determine whether the impugned conduct of the officials of Transport Canada was subject to negligence law or whether it was outside its ambit.

One of the early leading cases on this issue is *Welbridge Holdings Ltd. v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1971] S.C.R. 957, where a municipality negligently “enacted” a by-law which was later held invalid. The plaintiff had relied on it and started to build an apartment building, which later had to be stopped with consequent financial losses. In analysing the conduct, Mr. Justice Laskin (as he then was) at page 970, explained:

... the risk of loss from the exercise of legislative or adjudicative authority is a general public risk and not one for which compensation can be supported on the basis of a private duty of care.

Le statut juridique de l'administration fédérale (1985)), ces problèmes ne nous intéressent pas en l'espèce. Ainsi donc, aux termes de cette Loi, en matière de responsabilité civile, l'État doit répondre des dommages causés par ses préposés.

Outre les obstacles qui existent en ce qui concerne la responsabilité de l'État, certains principes du droit de la responsabilité civile délictuelle compliquent la situation. Les tribunaux sont peu disposés à substituer leur décision à celles qui sont prises dans le domaine politique à cause de leur respect de la théorie de la séparation des pouvoirs et parce qu'ils reconnaissent qu'ils occupent [TRADUCTION] «une position qui est trop délicate pour pouvoir juger les décisions d'ordre public comportant des implications multiples» (voir Feldthusen, *Economic Negligence* (2^e éd. 1989), à la page 284). Ils ont donc créé une immunité pour certains types d'activités gouvernementales qui ne peuvent être contestées au moyen d'une action fondée sur la négligence en autant qu'elles sont accomplies de bonne foi. D'autres actes de l'Administration donnent toutefois ouverture à une action fondée sur la négligence. Il n'est pas contesté qu'il doive exister un domaine de l'activité de l'Administration qui doive échapper au droit de la responsabilité civile délictuelle; ce qui est contesté, toutefois, c'est la portée de cette immunité. Notre Cour doit déterminer si la conduite que l'on reproche aux fonctionnaires de Transports Canada était assujettie au droit de la négligence ou si elle y échappait.

L'une des premières décisions de principe en la matière est l'arrêt *Welbridge Holdings Ltd. c. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957, dans lequel une municipalité avait par négligence «édicte» un règlement qui avait par la suite été déclaré invalide. La demanderesse s'était fiée à la validité de ce règlement et avait commencé à construire un immeuble d'habitation. Elle avait par la suite été forcée d'arrêter les travaux de construction et avait en conséquence subi des pertes financières. En analysant la conduite, le juge Laskin (tel était alors son titre) a expliqué, à la page 970:

... le risque de perte par suite de l'exercice d'un pouvoir législatif ou déclaratoire est un risque couru par le public en général et non un risque à l'égard duquel on peut réclamer une indemnité en se fondant sur l'existence d'une obligation particulière de diligence.

Mr. Justice Laskin reminded us, however, that there could be tort liability for governmental acts which could be classified as “administrative or ministerial, or . . . business powers” since they were presumably not the types of things that led to separation of power conflicts, nor would there be any difficulty in making judgments about the reasonableness of decisions like those.

Following *Welbridge Holdings*, there were several decisions that grappled with this dichotomy, so well explained by Mr. Justice Laskin. Different labels were employed by different courts in an effort to differentiate between those governmental acts that would be immune from tort liability and those acts that would not be. No liability in tort can be imposed for governmental acts which are done pursuant to “legislative”, “judicial”, “quasi-judicial”, “planning”, “discretionary” or “policy” functions. (See *Anns v London Borough of Merton*, [1977] 2 All ER 492 (H.L.), for example; see also Hogg, *Liability of the Crown*, 2d ed. (1989) at page 121.) On the other hand, liability may be imposed for governmental acts which are classified as “administrative”, “operational”, “routine”, “housekeeping”, “implementation”, or “business powers”. This has prompted one judge to complain that “the ancient and discredited doctrine that ‘The King can do no wrong’ has not been uprooted; it has merely been amended to read, ‘the King can do only little wrongs’.” (Jackson J. dissenting in *Dalehite v. United States*, 346 U.S. 15 (Ct. App. 1952), at page 60.)

Recently, there has been some clarification and elaboration by the Supreme Court of Canada of the principles governing this area. Basing itself on the *Anns v Merton* case (which has since been overturned in the United Kingdom., see *Murphy v. Brentwood D C*, [1990] 2 All ER 908 (H.L.)) the Supreme Court of Canada, by which we are bound, in *Kamloops (City of) v. Nielsen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 2 and *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228, indicated that there could be no negligence liability for “pol-

Le juge Laskin nous a toutefois rappelé que les fonctions gouvernementales qui pouvaient être qualifiées de fonctions «administratives, ministérielles ou de pouvoirs relatifs aux affaires» pouvaient engager la responsabilité délictuelle de l’État, étant donné qu’elles ne conduiraient vraisemblablement pas à des conflits en matière de partage des pouvoirs et qu’il ne serait pas difficile de juger du caractère raisonnable de décisions de ce genre.

À la suite de l’arrêt *Welbridge Holdings*, plusieurs tribunaux se sont colletés avec la dichotomie que le juge Laskin a si bien expliquée. Différents qualificatifs ont été employés par différents tribunaux dans le but d’établir une distinction entre les actes gouvernementaux qui seraient à l’abri de la responsabilité civile délictuelle et ceux qui ne le seraient pas. On ne peut imposer de responsabilité civile délictuelle pour les actes gouvernementaux qui sont accomplis dans le cadre de fonctions «législatives», «judiciaires», «quasi judiciaires», «de planification», «discrétionnaires» ou «de politique» (voir, par exemple, l’arrêt *Anns v London Borough of Merton*, [1977] 2 All ER 492 (H.L.); voir également Hogg, *Liability of the Crown*, 2^e éd., 1989, à la page 121). Par contre, on peut imposer une responsabilité pour les actes gouvernementaux qui sont qualifiés d’«administratifs», d’«opérationnels», de «courants», d’«entretien», d’«application» ou de ceux qui découlent de «pouvoirs relatifs aux affaires». Cela a poussé un juge à se plaindre du fait que [TRADUCTION] «le principe ancien et discrédité voulant que “le roi ne puisse agir contrairement au droit” n’a pas été déraciné; il a simplement été modifié et est maintenant conçu comme suit: “le roi ne peut commettre que des délits mineurs»» (le juge Jackson, dissident, dans l’arrêt *Dalehite v. United States*, 346 U.S. 15 (Ct. App. 1952), à la page 60).

La Cour suprême du Canada a récemment clarifié et approfondi les principes applicables en la matière. Se fondant sur l’arrêt *Anns v Merton* (qui a depuis été infirmé au Royaume-Uni; voir l’arrêt *Murphy v. Brentwood D C*, [1990] 2 All ER 908 (H.L.)), la Cour suprême du Canada a statué, dans les arrêts *Kamloops (Ville de) c. Nielsen et autres*, [1984] 2 R.C.S. 2 et *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228—par lesquels nous sommes liés—que les décisions «de politique» prises de bonne foi ne peuvent

icy” decisions made in good faith, but that there could be for “operational” decisions. Mr. Justice Cory, for the majority of the Supreme Court in *Just*, at page 1239, cast some light on how to approach the task of distinguishing between these two different types of government activities:

The early governmental immunity from tortious liability became intolerable. This led to the enactment of legislation which in general imposed liability on the Crown for its acts as though it were a person. However, the Crown is not a person and must be free to govern and make true policy decisions without becoming subject to tort liability as a result of these decisions. On the other hand, complete Crown immunity should not be restored by having every government decision designated as one of policy. [Emphasis mine.]

Mr. Justice Cory explained further, at pages 1240-1241 in *Just* that:

True policy decisions should be exempt from tortious claims so that governments are not restricted in making decisions based upon social, political or economic factors. However, the implementation of those decisions may well be subject to claims in tort. [Emphasis mine.]

Mr. Justice Cory, at page 1242, continued:

The duty of care should apply to a public authority unless there is a valid basis for its exclusion. A true policy decision undertaken by a government agency constitutes such a valid basis for exclusion. What constitutes a policy decision may vary infinitely and may be made at different levels, although usually at a high level. [Emphasis mine.]

Mr. Justice Cory stated further at page 1244, that even if there is a civil duty owed by the Crown, it is still necessary, in assessing the standard of care required of the government actor in question, to balance the “nature and quantity of the risk . . . in the light of all the circumstances . . . including budgetary limits, the personnel and equipment available to it . . .”

Thus, tort immunity should be sparingly granted to Crown agencies; only their “true policy decisions”, generally made at higher levels, involving “social, political and economic factors” are exempt. If the conduct is not immunized completely, negligence law remains applicable, for there is still required a “traditional torts analysis . . . of [the] standard of care

entraîner de responsabilité pour négligence, mais que les décisions «opérationnelles» le peuvent. S’exprimant au nom des juges majoritaires de la Cour suprême, le juge Cory a jeté quelques lumières sur la façon de s’y prendre pour distinguer ces deux types différents d’activités gouvernementales, à la page 1239 de l’arrêt *Just*:

L’immunité gouvernementale initiale en matière de responsabilité délictuelle était devenue intolérable. C’est pourquoi des lois ont été adoptées pour imposer de façon générale à la Couronne la responsabilité de ses actes comme si elle était une personne. Cependant, la Couronne n’est pas une personne et elle doit pouvoir être libre de gouverner et de prendre de véritables décisions de politique sans encourir pour autant une responsabilité civile délictuelle. On ne saurait, par contre, restaurer l’immunité complète de la Couronne en qualifiant de «politique» chacune de ses décisions. [C’est moi qui souligne.]

Dans l’arrêt *Just*, le juge Cory explique plus loin, aux pages 1240 et 1241:

Les véritables décisions de politique devraient être à l’abri des poursuites en responsabilité délictuelle, de sorte que les gouvernements soient libres de prendre leurs décisions en fonction de facteurs sociaux, politiques ou économiques. Cependant l’application de ces décisions peut fort bien engager la responsabilité. [C’est moi qui souligne.]

À la page 1242, le juge Cory poursuit en disant:

Une autorité publique est assujettie à l’obligation de diligence à moins d’un motif valable de l’en exempter. Un motif valable d’exemption est le cas d’une véritable décision de politique prise par un organisme gouvernemental. Or ce qui constitue une décision de politique peut varier à l’infini et être prise à divers échelons, bien que ce soit normalement à un haut niveau. [C’est moi qui souligne.]

Le juge Cory a déclaré plus loin, à la page 1244, que même si la Couronne est assujettie à une obligation de nature civile, il est quand même nécessaire, pour apprécier la norme de diligence exigée de l’organisme gouvernemental en question, de mettre en équilibre «la nature et l’ampleur du risque . . . compte tenu de toutes les circonstances, . . . y compris les limites budgétaires, le personnel et l’équipement dont il disposait . . . »

Ainsi donc, l’immunité délictuelle devrait être accordée avec parcimonie aux organismes de la Couronne; seules sont exemptées leurs «véritables décisions de politique», qui sont généralement prises à un haut niveau et qui comportent des «facteurs sociaux, politiques et économiques». Si l’acte ne bénéficie pas d’une immunité totale, les règles de droit relatives à

required of the government agency . . . in light of all the surrounding circumstances including, for example, budgetary restraints and the availability of qualified personnel and equipment” (page 1245). Mr. Justice Cory concludes that this is “fair to both the government agency and the litigant” (page 1247). (See also *Rothfield v. Manolakos*, [1989] 2 S.C.R. 1259; *Tock v. St. John’s Metropolitan Area Board*, [1989] 2 S.C.R. 1181; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *Barratt v. Corporation of North Vancouver*, [1980] 2 S.C.R. 418.)

A similar approach has been urged by Bailey and Bowman in the United Kingdom, who are critical of the excessive judicial use of the duty of care issue, which they contend is a “cruder device”, instead of “leaving the matter to the issue of breach”, a more subtle one. There is “plenty of scope”, they say, “within ordinary tort principles for accommodating the policy considerations that might militate against the imposition of a duty of care upon a public authority or against holding an authority to be in breach of duty.” (“Negligence in the Realms of Public Law—A Positive Obligation to Rescue?”, [1984] *Public Law* 277, at pages 301 and 307.) In a further article, the same authors argue that the “policy/operational dichotomy has proved inadequate for the purpose of identifying the allegedly non-justiciable cases at a preliminary stage, and unhelpful in dealing with them on the merits. It merely raises an extra dimension of confusion” They conclude by saying that, if it is to be used, “it should be confined to as narrow a scope as possible.” (“The Policy/Operational Dichotomy—A Cuckoo in the Nest”, [1986] *C.L.J.* 430, at pages 455-456.)

Other authors have sought to assist in unravelling the mystery. Professor Stanley Makuch offered two factors for courts to consider in deciding whether to

la négligence continuent à s’appliquer, car il faut quand même procéder à «l’analyse traditionnelle de la responsabilité délictuelle . . . de la norme de diligence requise de l’organisme gouvernemental . . . en fonction de toutes les circonstances, y compris par exemple les restrictions budgétaires et la possibilité de trouver le personnel qualifié et l’équipement nécessaire» (à la page 1245). Le juge Cory conclut que cette approche est «équitable tant pour l’organisme gouvernemental que pour le poursuivant» (à la page 1247) (voir également les arrêts *Rothfield c. Manolakos*, [1989] 2 R.C.S. 1259; *Tock c. St. John’s Metropolitan Area Board*, [1989] 2 R.C.S. 1181; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; et *Barratt c. Corporation of North Vancouver*, [1980] 2 R.C.S. 418).

Une approche semblable est préconisée au Royaume-Uni par Bailey et Bowman, qui reprochent aux tribunaux de recourir à l’excès à la question de l’obligation de diligence—qui est à leur avis une [TRADUCTION] «formule plus grossière»—au lieu de [TRADUCTION] «trancher la question en se demandant s’il y a eu manquement», ce qui constitue une approche plus subtile. Ils estiment que [TRADUCTION] «les principes ordinaires de la responsabilité délictuelle sont suffisamment larges pour qu’on puisse tenir compte des considérations de principe qui pourraient militer contre l’imposition d’une obligation de diligence à l’organisme public ou contre l’imputation à une autorité d’un manquement à cette obligation» («Negligence in the Realms of Public Law—A Positive Obligation to Rescue?», [1984] *Public Law* 277, aux pages 301 et 307). Dans un autre article, les mêmes auteurs font valoir que [TRADUCTION] «la dichotomie qu’on fait entre les décisions de politique et les décisions opérationnelles s’est avérée impuissante à permettre de déceler à l’étape préliminaire les cas dont les tribunaux ne peuvent connaître, et inutile lors de leur examen au fond. Elle n’apporte qu’un peu plus de confusion . . . ». Ils concluent en disant que, si l’on doit l’employer [TRADUCTION] «on devrait en limiter autant que possible la portée» («The Policy/Operational Dichotomy—A Cuckoo in the Nest», [1986] *C.L.J.* 430, aux pages 455 et 456).

D’autres auteurs ont essayé d’aider à éclaircir le mystère. Le professeur Stan Makuch a proposé aux tribunaux deux critères à étudier pour décider s’il y a

intrude: one, if the decision is “polycentric” or multifaceted, that is, a choice between “efficiency and thrift”, it should be decided through the “ballot box not the courts” (see Lord Wilberforce in *Anns, supra*); second, if there are “commonly accepted standards”—legislative, custom or other—to guide the courts, they might be more inclined to intrude. (See *Canadian Municipal and Planning Law* (1983) at page 140.)

Professor Hogg, in his book *Liability of the Crown* (2nd ed., 1989) at page 124, prefers the word “planning”, rather than policy, to identify those acts which need to be protected for it connotes “generality or complexity”, which courts may have difficulty evaluating. The word “operational”, he suggests, focuses on the “specific”. In other words, we are concerned here with differentiating between macro-decisions affecting the welfare of the nation, and micro-decisions which are more limited in their significance.

Another way of looking at this is to say that a government must be entitled to govern free of the restraints of tort law, but that when it is merely supplying services to citizens it should be subject to ordinary negligence principles. In the words of Mr. Justice Cory, “the Crown . . . must be free to govern.” (See *Just, supra*, at page 1239.) “It is not a tort for a government to govern” (see Jackson J., dissenting in *Dalehite v. United States, supra*, at page 57). Such an immunity, therefore, is necessary, but it must be limited only to those functions of government that are considered to be “governing” and not available to those tasks of government that might be styled “servicing”.

In this case, the Trial Judge correctly decided that the Crown’s response to the complaints and reports was an operational decision, not a policy matter. His statement to the effect that it “constituted a conscious decision not to act, on policy grounds” [page 631]

lieu d’intervenir: a) si une décision est «polycentrique» ou si elle comporte plusieurs aspects, c’est-à-dire si elle appelle à faire un choix entre [TRADUCTION] «l’efficacité et l’économie», elle devrait être prise [TRADUCTION] «par le gouvernement élu et non par les tribunaux» (voir les motifs de lord Wilberforce dans l’arrêt *Anns*, précité); b) s’il existe des [TRADUCTION] «normes généralement reconnues»—fixées notamment par une loi ou la coutume—pouvant guider les tribunaux, ces derniers pourraient être davantage portés à intervenir (voir *Canadian Municipal and Planning Law*, 1983, à la page 140).

Dans son ouvrage *Liability of the Crown*, 2^e éd., 1989, le professeur Hogg emploie, à la page 124, le mot «planification» de préférence au mot «politique» pour désigner les actes qui ont besoin de protection, car ce terme dénote [TRADUCTION] «la généralité ou la complexité», notions que les tribunaux peuvent avoir de la difficulté à évaluer. Le mot «opérationnel», souligne-t-il, est axé sur ce qui est [TRADUCTION] «spécifique». En d’autres termes, nous sommes concernés ici par la différence qu’il y a lieu de faire entre les macrodécisions qui ont une incidence sur le bien-être de la nation, et les microdécisions qui ont une portée plus limitée.

Une autre façon d’envisager la question consiste à dire que l’État doit avoir le droit de gouverner sans les contraintes du droit de la responsabilité délictuelle, mais que lorsqu’il se contente de fournir des services aux citoyens, il devrait être assujéti aux principes ordinaires de la négligence. Pour reprendre les termes employés par le juge Cory: «la Couronne . . . doit pouvoir être libre de gouverner» (voir l’arrêt *Just*, précité, à la page 1239). «Le fait pour l’État de gouverner ne constitue pas un délit» (voir le juge Jackson, dissident, dans l’arrêt *Dalehite v. United States*, précité, à la page 57). Cette immunité est donc nécessaire, mais elle doit être limitée aux fonctions de l’État qui sont considérées comme des fonctions de «gouvernement» et non aux tâches qu’on pourrait qualifier de «tâches de service».

En l’espèce, c’est à bon droit que le juge de première instance a statué que la suite donnée par la Couronne aux plaintes et aux rapports était une décision opérationnelle et non une question de politique. En affirmant que «[s]e fondant sur des motifs de poli-

was meant in a more general, non-technical sense, or else it was a slip, inconsistent with his other statements and the entire tenor of his reasons. He later concluded that it was "more than a matter of policy but one of operation" [page 634]. The official making the enforcement decisions was not a high elected official like a Minister or even a Deputy Minister; he was only a regional director. His work involved not policy, planning or governing, but only administering, operations or servicing. The decision had no "polycentric" aspects, nor was there evidence of any lack of resources to permit more rigorous enforcement of the regulations. There were available numerous specific guidelines upon which the Court could rely in evaluating the conduct of the decision-maker. This was not a budgetary, macro-exercise.

These people were essentially inspectors of airlines, aircraft and pilots, who did not make policy, but rather implemented it, although they certainly had to exercise some discretion and judgment during the course of their work, much like other professional people. I agree with Mr. Justice Walsh when he stated [at page 634]:

The *Aeronautics Act* and Regulations made thereunder if not explicitly [*sic*] imposing a duty of care to the general public, at least do so by implication in that this is the very reason for their existence. The flying public has no protection against avaricious airlines, irresponsible or inadequately trained pilots, and defective aircraft if not the Department of Transport and must rely on it for enforcement of the law and regulations in the interest of public safety. Its expressed policy is, as it must be, to enforce these Regulations, but when the extent and manner of the enforcement is insufficient and inadequate to provide the necessary protection, then it becomes more than a matter of policy, but one of operation and must not be carried out negligently or inadequately. While there may be no contractual duty of care owed to the public, as plaintiff suggests, this does not of itself protect defendant from liability in tort.

tique, ils [les employés] ont consciemment décidé de ne pas agir» [à la page 631], il voulait parler dans un sens plus général, non technique, car sinon il s'agissait d'une erreur d'inattention qui contredisait ses autres affirmations et tout le sens de ses motifs. Il a conclu plus loin que la question «cesse d'être uniquement une question de politique, pour devenir une question opérationnelle» [à la page 634]. Le fonctionnaire qui prenait les décisions d'application n'était pas un haut fonctionnaire élu comme un ministre ou même un sous-ministre; ce n'était qu'un directeur régional. Son travail ne comportait aucune fonction de politique, de planification ou de gouvernement, mais seulement des tâches administratives, opérationnelles ou de service. La décision ne comportait aucun aspect «polycentrique», et la preuve ne permet pas non plus de conclure qu'il n'y avait pas suffisamment de ressources pour permettre une application plus stricte des règlements. Il existait de nombreuses lignes directrices spécifiques sur lesquelles le tribunal pouvait se fonder pour apprécier la conduite du décideur. Il ne s'agissait pas d'une macrodécision d'ordre budgétaire.

Il s'agissait essentiellement d'inspecteurs de compagnies aériennes, d'avions et de pilotes, qui n'élaborent pas de politiques mais se contentaient de les mettre en œuvre, même s'ils devaient certainement exercer un certain pouvoir discrétionnaire et un certain jugement dans le cadre de leur travail, comme bien d'autres professionnels. Je suis d'accord avec le juge Walsh lorsqu'il dit [à la page 634]:

S'ils n'imposent pas expressément un devoir de diligence à l'égard du public en général, la *Loi sur l'aéronautique* et ses règlements d'application le font à tout le moins implicitement, et telle est leur raison d'être. Les voyageurs utilisant l'avion ne peuvent compter que sur le ministère des Transports pour les protéger contre les compagnies aériennes avaries ou irresponsables, contre les pilotes ayant reçu une formation inadéquate ou contre les aéronefs défectueux; c'est à ce ministère qu'ils doivent se fier pour l'exécution de la loi et des règlements dans l'intérêt de la sécurité publique. La politique affichée par ce ministère est, comme il se doit, l'application de ces règlements; cependant, lorsque l'étendue et les modalités de cette application ne suffisent pas à assurer la protection nécessaire ou sont inadéquats à cet égard, celle-ci cesse d'être uniquement une question de politique, pour devenir une question opérationnelle, qui ne doit pas donner lieu à des mesures inadéquates ou empreintes de négligence. Bien que l'existence de l'obligation contractuelle de prudence envers le public dont fait état la demanderesse puisse être mise en doute, l'absence d'une

These officials were not involved in any decisions involving "social, political or economic factors". Indeed it was another emanation of the Department of Transport altogether, the Canadian Transport Commission, a quasi-judicial body whose function it was to take into account such grounds, which granted the initial licence to Wapiti and other airlines, whereas this branch concerned itself with operating certificates that focused mainly on the matter of safety. These officials were not concerned with the health of the airline industry, with supplying service to remote areas or with employment for young pilots and, if such matters were considered by them in making their decisions, they probably should not have been. Nor was it their job to worry about airlines "going political". Their task was to enforce the regulations and the ANO's as far as safety was concerned to the best of their ability with the resources at their disposal. This function was clearly operational. Hence, a civil duty of care was owed to the plaintiffs to exercise reasonable care in the circumstances.

telle obligation ne suffit pas en soi à mettre la défenderesse à l'abri de toute responsabilité délictuelle.

Les fonctionnaires en question n'ont pas participé à des décisions comportant «des facteurs sociaux, politiques ou économiques». D'ailleurs, c'est un organisme qui tirait entièrement son existence du ministère des Transports, la Commission canadienne des Transports, un organisme quasi judiciaire à qui il incombait de tenir compte de ces facteurs, qui a accordé la licence initiale à Wapiti et à d'autres compagnies aériennes, tandis que la direction générale en question était concernée par les licences d'exploitation axées principalement sur la question de la sécurité. Ces fonctionnaires n'étaient pas concernés par la santé de l'industrie aéronautique, et ils ne s'intéressaient pas à desservir les régions éloignées ou à trouver du travail pour les jeunes pilotes et, s'ils ont tenu compte de ces questions pour prendre leurs décisions, ils n'auraient probablement pas dû le faire. Il ne leur appartenait pas non plus de s'inquiéter du fait que les compagnies aériennes [TRADUCTION] «aient recours à des instances politiques». Leur mission consistait à appliquer de leur mieux et avec les ressources dont ils disposaient les règlements et les ONA en tenant compte de la sécurité. Il s'agissait de toute évidence d'une fonction opérationnelle. Par conséquent, ils étaient tenus envers les demandeurs d'une obligation civile de diligence les obligeant à faire preuve de diligence raisonnable dans les circonstances.

Section 8 of the *Crown Liability Act*, R.S.C., 1985, c. C-50, it is argued, immunized the defendant from liability in this case. It reads as follows:

8. Nothing in sections 3 to 7 makes the Crown liable in respect of anything done or omitted in the exercise of any power or authority that, if those sections had not been passed, would have been exercisable by virtue of the prerogative of the Crown, or any power or authority conferred on the Crown by any statute, and, in particular, but without restricting the generality of the foregoing, nothing in those sections makes the Crown liable in respect of anything done or omitted in the exercise of any power or authority exercisable by the Crown, whether in time of peace or of war, for the purpose of the defence of Canada or of training, or maintaining the efficiency of, the Canadian Forces.

It will be recalled that section 3 makes the Crown "liable in tort for the damages for which, if it were a private person of full age and capacity, it would be liable . . . a) in respect of a tort committed by a ser-

On prétend que l'article 8 de la *Loi sur la responsabilité de l'État*, L.R.C. (1985), chap. C-50, met la défenderesse à l'abri de toute responsabilité en l'espace. En voici le texte:

8. Les articles 3 à 7 n'ont pas pour effet d'engager la responsabilité de l'État pour tout fait—acte ou omission—commis dans l'exercice d'un pouvoir qui, sans ces articles, s'exercerait au titre de la prérogative royale ou d'une disposition législative, et notamment pour les faits commis dans l'exercice d'un pouvoir dévolu à l'État, en temps de paix ou de guerre, pour la défense du Canada, l'instruction des Forces canadiennes ou le maintien de leur efficacité.

On se rappellera que l'article 3 dispose que «[e]n matière de responsabilité civile délictuelle, l'État est assimilé à une personne physique, majeure et capable, pour . . . a) les délits civils commis par ses

vant of the Crown” Section 7 deals with “salvage service rendered to Crown ships or aircraft” and is not applicable here. In my view, section 8 is only relevant to non-negligent conduct. If the Crown’s servants are negligent, section 3 and ordinary tort principles govern. If it were otherwise, then section 8 would render section 3 virtually useless, something Parliament could not have intended when it enacted this legislation abolishing the ancient immunity and subjecting the Crown to tort liability.

As for the danger of holding governmental authorities liable in tort for their negligence in cases such as these, Madam Justice Wilson has this response:

I do not see it, as do some commentators, as potentially ruinous financially to municipalities. I do see it as a useful protection to the citizen whose ever-increasing reliance on public officials seems to be a feature of our age . . . [See *Kamloops*, *supra*, at page 26.]

While governments must certainly be free to govern, it is not acceptable for all bureaucrats who must exercise professional judgment to clothe themselves in the vestments of policy-making functions and thereby seek to avoid any responsibility for their negligence. This is especially so for officials charged with the duty of maintaining safety. They cannot be protected by an immunity, but must be encouraged, just like other professionals, to perform their duties carefully. They must learn that negligence, like crime, does not pay.

2. The Negligence Issue

Having decided that Transport Canada owed a civil duty to the passengers of Wapiti and was not immune from negligence liability, it is now necessary to decide whether the servants of the Crown were negligent in their supervision of Wapiti and its pilots.

The government is not an insurer; it is not strictly liable for all air crashes, only for those caused by the

employés». L’article 7 traite des «services de sauvetage . . . rendus aux navires ou aéronefs de l’État» et il ne s’applique pas en l’espèce. À mon avis, l’article 8 ne s’applique qu’aux actes qui ne sont pas entachés de négligence. Si les préposés de la Couronne font preuve de négligence, l’article 3 et les principes ordinaires de la responsabilité délictuelle s’appliquent. S’il en était autrement, l’article 8 rendrait l’article 3 pratiquement inutile, ce qui ne pouvait être la volonté du législateur fédéral lorsqu’il a adopté ces dispositions législatives abolissant l’ancienne immunité et engageant la responsabilité civile délictuelle de l’État.

Quant au danger d’engager la responsabilité civile délictuelle des autorités gouvernementales pour leur négligence dans des cas comme ceux qui nous occupent, voici la réponse de Madame le juge Wilson:

Je ne crois pas, à la différence de certains commentateurs, que cela puisse causer des catastrophes financières aux municipalités. J’y vois une protection utile pour les citoyens dont la confiance de plus en plus grande dans les fonctionnaires semble une caractéristique de notre temps. . . [Voir l’arrêt *Kamloops*, précité, à la page 26.]

Bien que l’État doive certainement être libre de gouverner, il n’est pas acceptable que tous les bureaucrates qui doivent faire appel à leur jugement professionnel se retranchent derrière leurs fonctions d’élaboration de politiques et tentent de ce fait de se soustraire à toute responsabilité pour leur négligence. Cela est spécialement vrai dans le cas des fonctionnaires chargés de maintenir la sécurité. Ils ne peuvent pas bénéficier d’une immunité, mais doivent être encouragés, comme tout autre professionnel, à s’acquitter de leurs fonctions avec soin. Ils doivent apprendre que la négligence, tout comme le crime, ne paie pas.

2. La question de la négligence

Ayant décidé que Transports Canada était tenu d’une obligation de nature civile envers les passagers de Wapiti et qu’il n’était pas à l’abri de la responsabilité délictuelle, il est maintenant nécessaire de décider si les préposés de la Couronne ont fait preuve de négligence dans leur surveillance de Wapiti et de ses pilotes.

L’État n’est pas un assureur; il n’est pas strictement responsable de tous les accidents aériens, mais

negligence of its servants. The standard of care required of these inspectors, like every other individual engaged in an activity, is that of a reasonable person in their position. What is required of them is that they perform their duties in a reasonably competent way, to behave as would reasonably competent inspectors in similar circumstances, no more and no less. In evaluating their conduct, courts will consider custom and practice, any legislative provisions and any other guidelines that are relevant. The risk of harm and its severity will be balanced against the object and the cost of the remedial measures. In the end, the Court must determine whether the employees of the defendant lived up to or departed from the standard of care demanded of them, in the same way as in other negligence cases. (See, generally, Fleming, *The Law of Torts* (7th ed., 1987), at page 96.)

In accordance with the directions of the Supreme Court of Canada in *Just*, it is necessary to consider, in assessing the conduct of the defendant, matters such as resources available. Surgeons who stop at the side of the road to help injured motorists, cannot, of course, be expected to perform at the same level as they could in an operating theatre of a major hospital. Similarly, an inspection staff of a few cannot be expected to deliver the same quality of service that a larger team could. What is expected of both is reasonable care in the circumstances, including the resources available to them. An underfunded government inspection staff is no different than a surgeon operating on an accident victim at the side of a road. Neither is responsible for circumstances beyond their control, but each must use their resources as would fellow professionals of reasonable competence in the same circumstances.

The Trial Judge clearly understood that the plaintiff had to [at page 637] “establish that Transport

seulement de ceux qui sont causés par la négligence de ses préposés. La norme de diligence qui est exigée des inspecteurs en question est celle qui est imposée à toute autre personne se livrant à une activité, c'est-à-dire celle de la personne raisonnable se trouvant dans la même situation. Ce qu'on exige d'eux, c'est qu'ils s'acquittent de leurs fonctions de façon raisonnablement compétente, qu'ils se comportent comme le feraient des inspecteurs raisonnablement compétents dans des circonstances analogues, ni plus ni moins. Pour apprécier leur conduite, les tribunaux tiennent compte de la coutume et de l'usage, des dispositions législatives et des autres lignes directrices applicables. On compare le risque de préjudice et sa gravité avec l'objet et le coût des mesures correctives. En fin de compte, le tribunal doit, comme dans toute autre affaire de négligence, déterminer si les employés de la défenderesse ont respecté la norme de diligence qui leur est imposée ou s'ils s'en sont écartés (voir, de façon générale, Fleming, *The Law of Torts*, 7^e éd., 1987, à la page 96).

Conformément aux directives formulées par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Just*, il est nécessaire, pour apprécier la conduite de la défenderesse, de tenir compte notamment des ressources disponibles. On ne peut évidemment exiger du chirurgien qui s'arrête le long de la route pour secourir des automobilistes blessés qu'il soit aussi efficace qu'il pourrait l'être dans la salle d'opération d'un grand hôpital. De la même manière, on ne peut s'attendre à ce qu'un personnel d'inspection qui ne compte que quelques personnes fournisse la même qualité de service que celle que pourrait fournir une équipe plus importante. Ce qu'on exige dans les deux cas, c'est une diligence raisonnable dans les circonstances, en tenant compte des ressources disponibles. Un personnel d'inspection gouvernemental qui ne dispose pas de fonds suffisants est dans la même situation que le chirurgien qui pratique une intervention chirurgicale sur la victime d'un accident le long de la route. Ni l'un ni l'autre n'est responsable des circonstances qui sont indépendantes de sa volonté, mais chacun doit se servir des ressources dont il dispose comme le feraient des collègues professionnels raisonnablement compétents dans les mêmes circonstances.

Le juge de première instance a de toute évidence compris que la demanderesse devait [à la page 637]

Canada was negligent with respect to the steps it did not take before the crash." He held that there was negligence by the defendant's employees in [at page 635] "allowing Wapiti to continue single-pilot IFR operation despite previous infractions," there being "plenty of time to remedy this by withdrawing permission". He found that the [at page 638] "pressure put on pilots to undertake flights in contravention of regulations despite some defects in equipment was known to the defendant some time before the crash." He also held that the plane "had only one . . . direction finder or if it had two the other was not working" as it was required to be. He decided also that there "was plenty of time to take stronger action in May and again in August before the crash took place in October." I am of the view that these findings of negligence are amply supported by the evidence presented at the trial.

The regulations and the Air Navigation Orders prescribe the procedures to be followed, the purpose for which those procedures existed and the duties of those who performed them. A general description of an Inspector's job is found in ANO series 7, from which Inspector Lidstone of Transport Canada quoted in evidence:

It is the civil aviation inspector's duty to be familiar with all statutory requirements and to check during the course of his inspections that they are complied with in full. No deviation from essential safety standards can be permitted. [Emphasis mine.]

The need for strict compliance with safety standards underscores the obvious importance of passenger safety. The defendant is responsible for the certification of each carrier and their inspection, airworthiness of the equipment and its maintenance. Not only is the granting of the licence the job of this department, but also the need to monitor the airlines to ensure that they remain qualified. One of the warning signs which may alert an inspector that an air carrier is not operating safely, as set out in the *Air Carrier Certification Manual*, is high pilot turnover. Another is inadequate maintenance. Both of these danger signals were abundantly apparent to Transport Canada as they observed Wapiti.

«établir que Transports Canada a été négligent en ne prenant pas les mesures voulues avant l'accident». Il a statué que les employés de la défenderesse avaient fait preuve de négligence en permettant [à la page 635] «à Wapiti de continuer d'effectuer des vols [IFR] à un seul pilote malgré les infractions qu'elle avait déjà commises» et que la défenderesse «avait tout le temps voulu pour remédier à cette situation en retirant son autorisation». Il a conclu que [à la page 638] «lors de l'accident, la défenderesse était au courant depuis un bon moment des pressions exercées sur les pilotes pour les forcer à entreprendre des vols avec équipement défectueux en contravention des règlements». Il a également statué que, contrairement aux exigences requises, l'avion «n'était muni que d'un seul radiogoniomètre, ou il en avait deux dont un seul fonctionnait». Il s'est également dit d'avis que «l'on a eu tout le temps voulu pour prendre des mesures plus énergiques en mai, et, à nouveau, au mois d'août, avant l'accident, qui a eu lieu en octobre». J'estime que la preuve présentée au procès justifie pleinement ces conclusions de négligence.

Le règlement et les Ordonnances sur la navigation aérienne prescrivent la procédure à suivre, l'objet de cette procédure et les fonctions de ceux qui les exécutent. On trouve un exposé général du travail de l'inspecteur dans la série 7 des ONA, dont l'inspecteur Lidstone de Transports Canada a cité un extrait en preuve:

L'inspecteur de l'aviation civile a le devoir de se familiariser avec toutes les exigences réglementaires, et de s'assurer au cours de ses visites que le transporteur les respecte. On ne peut autoriser aucune dérogation aux normes fondamentales de sécurité aérienne. [C'est moi qui souligne.]

Le fait qu'il soit essentiel que les normes de sécurité soient rigoureusement respectées met en relief l'importance évidente de la sécurité des passagers. La défenderesse est chargée de la certification et de l'inspection de chaque transporteur, de l'état de navigabilité de l'équipement et de son entretien. Ce ministère est non seulement chargé de délivrer des licences, mais également de surveiller les compagnies aériennes pour s'assurer qu'elles continuent à respecter les conditions requises. Ainsi que le précise le *Manuel de certification des transporteurs aériens*, un des signes avertisseurs qui peut autoriser l'inspecteur à penser que le transporteur aérien n'exerce pas ses activités en toute sécurité est le nombre élevé de

There were also standards set out for enforcement. Four official enforcement techniques were available to Transport Canada: warning, suspension, prosecution and cancellation of a licence. Warnings were used in the case of most first offences. These enforcement techniques could be carried out through four different types of action: referral, administrative, judicial, and joint administrative and judicial. While administrative action was to be used in most cases, the Transport Canada *Enforcement Manual* stated that it was not to be employed in cases "where it would be clearly ineffective in promoting flight safety and compliance." The Regional Director had the power to suspend operating certificates, permits, licences and other flight authorization documents.

Contained in ANO series 7 is a guideline of sanctions appropriate to various violations. A first offence of failing to maintain log books could attract a range of punishment varying from a warning to a \$1,000 fine or a 14-day suspension. For the second offence, a 30-60 day suspension or a \$2,500 fine was recommended. This progressive punishment was part of the policy of the Department in treating repeat offences. It is clear that the Department had the responsibility to enforce compliance with the rules as well as performing inspections.

In the case at bar, the evidence does not indicate that Regional Director Davidson and his staff were in any way limited in their functions by considerations of finances or resources. The decision not to act more decisively against Wapiti was one of professional judgment, not departmental budget. Transport Canada had the time and resources to examine complaints regarding Wapiti and to meet with Dale Wells to discuss Wapiti's problems. They had enough

changements de pilotes. Un autre signe est l'entretien inadéquat. Ces deux signaux de danger étaient parfaitement évidents pour Transports Canada lorsqu'il observait Wapiti.

^a Il existe également des normes de contrainte. Transports Canada dispose de quatre mesures de contrainte différentes: premièrement, un avertissement; deuxièmement, une suspension; troisièmement, des poursuites; quatrièmement, l'annulation d'une licence. On servait un avertissement dans le cas de la plupart des premières infractions. Ces mesures de contrainte peuvent être exécutées au moyen de quatre types différents de mesures: des mesures de renvoi, des mesures administratives, des mesures judiciaires et des mesures à la fois administratives et judiciaires. On recourait dans la plupart des cas aux mesures administratives, mais le *Manuel de l'application des règlements* de Transports Canada déclarait qu'on ne devait pas les utiliser lorsque [TRADUCTION] «elles seraient manifestement inefficaces lorsqu'il s'agit de promouvoir la sécurité aérienne et d'encourager le respect des règlements». Le directeur régional avait le pouvoir de suspendre les certificats, les permis, les licences et les autres documents d'autorisation de vol.

^f La série 7 des ONA contient des lignes directrices concernant les sanctions appropriées aux diverses infractions. En cas de première infraction, l'omission de tenir des carnets de vol donne lieu à une gamme de sanctions allant d'un avertissement à une amende de 1 000 \$ ou une suspension de 14 jours. En cas de deuxième infraction, une suspension de 30 à 60 jours ou une amende de 2 500 \$ étaient recommandées. Cette progression des peines faisait partie de la politique adoptée par le ministère à l'égard des récidivistes. Le Ministère était manifestement chargé de faire respecter les règlements et de procéder à des inspections.

ⁱ En l'espèce, la preuve ne permet pas de penser que le directeur régional Davidson et son personnel étaient de quelque façon que ce soit limités dans leurs fonctions par des considérations de finances ou de ressources. La décision de ne pas agir avec plus de fermeté envers Wapiti était une décision qui reposait sur une opinion professionnelle et non une décision de budget ministériel. Transports Canada avait le temps et les ressources nécessaires pour examiner les

officers to prepare detailed reports about the airline, to receive complaints from its pilots and to record its suspected weather infractions.

Among the incidents of Transport Canada's negligence, the following emerge from the evidence and findings of the Trial Judge as the most significant. Transport Canada knew of the pressure which Wapiti placed on pilots to fly regardless of weather conditions and equipment maintenance. They knew that pilots who objected to unsafe conditions were generally fired, leading to a turnover of as many as 14 pilots in 6 months. They knew that planes were not always in operating order, that the necessary manufacturer's checks were not performed on schedule, and sometimes not done at all. They knew that such maintenance deficiencies as were discovered were often not logged. Transport Canada suspected that Wapiti planes had broken weather minima on 43 occasions prior to the crash, despite their lack of equipment to handle even satisfactory weather conditions properly. Under Transport Canada's own guidelines, approval for night VFR was supposed to be based on making sure there was adequate communication and weather reporting. No such communication existed at High Prairie. They knew that, when Wapiti did employ a co-pilot, that person might be unqualified for the job. Wapiti did not like to use co-pilots because the co-pilot's seat could be occupied by a paying passenger. At least four Wapiti pilots had complained to Transport Canada about safety conditions before the crash. Transport Canada must, or should, under its own guidelines, have been aware that Delbert Wells was unqualified to hold the position of Operations Manager, as his knowledge of flying was minimal and he did not seem to comprehend the danger he was courting in cutting every possible corner. Transport Canada was well aware that Wells was willing to trade safety for profit. All of the above unsafe practices were violations of ANO series 7.

plaintes formulées au sujet de Wapiti et pour rencontrer Dale Wells afin de discuter des problèmes de Wapiti. Il disposait de suffisamment de fonctionnaires pour rédiger des rapports détaillés au sujet de la compagnie aérienne, pour recevoir les plaintes de ses pilotes et pour consigner ses infractions météorologiques soupçonnées.

Parmi les actes de négligence de Transports Canada, signalons les incidents les plus significatifs suivants, qui ressortent de la preuve et des conclusions du juge de première instance. Transports Canada était au courant des pressions que Wapiti exerçait sur ses pilotes pour les inciter à effectuer des vols indépendamment des conditions atmosphériques et de l'état d'entretien de l'équipement. Il savait que les pilotes qui s'élevaient contre les conditions peu sûres étaient en règle générale congédiés, ce qui a amené quatorze remplacements de pilotes en six mois. Il savait que les avions n'étaient pas toujours en état de service, que les vérifications requises par le fabricant n'étaient pas effectuées à temps et que parfois elles ne l'étaient pas du tout. Il savait que les déficiences qui étaient constatées dans l'entretien n'étaient pas toujours consignées sur les carnets de vol. Transports Canada soupçonnait Wapiti d'avoir enfreint les normes météorologiques minimales à 43 reprises avant l'accident, malgré le manque d'équipement requis pour faire face de façon adéquate même à des conditions atmosphériques satisfaisantes. Suivant les propres lignes directrices de Transports Canada, l'approbation des vols VFR de nuit était censée n'être accordée que si l'on était sûr qu'il y avait des communications et des bulletins météorologiques adéquats. Il n'existait pas de tels réseaux de communication à High Prairie. Il savait que lorsque Wapiti engageait un copilote, cette personne ne possédait peut-être pas les qualités requises pour le poste. Wapiti n'aimait pas faire appel à des copilotes parce que le siège du copilote pouvait être occupé par un passager qui payait son passage. Au moins quatre des pilotes de Wapiti s'étaient plaints avant l'accident à Transports Canada des conditions de sécurité. Transports Canada devait, ou aurait dû, selon ses propres lignes directrices, savoir que Delbert Wells ne possédait pas les qualités requises pour occuper le poste de directeur des opérations, étant donné que ses connaissances en matière de pilotage étaient minimales et qu'il ne semblait pas comprendre le danger auquel il s'ex-

posait en rognant sur les coûts de toutes les manières possibles. Transports Canada savait bien que Wells était prêt à troquer la sécurité contre le profit. Tous les manquements précités à la sécurité constituent des infractions à la série 7 des ONA.

In a report prepared by Inspector Lidstone on April 4, 1984, for the Superintendent, Air Carrier Operations, as indicated above, most of these deficiencies were noted. This report led to a meeting between Dale Wells and Transport Canada in which Wells assured them that Wapiti would improve. No other official action was taken. Another report, as mentioned above, was prepared by Inspector Griffiths on August 17, 1984 which warned that there was "a total disregard for regulations, rights of others and safety." It also predicted that it was "virtually certain" that a fatal accident would occur unless some action was taken to curb Wapiti's violations. Surprisingly, and tragically, the only response to this was the decision to undertake further investigations and surveillance.

Of the fourteen instances, starting on July 2, 1982, where Transport Canada considered action against the airline, seven resulted in letters of warning or allegation and seven attracted no action at all. There was no hint of the progressive discipline which the Department was supposed to apply to ensure compliance with safety standards.

Despite more than a year's worth of warning signals, Transport Canada allowed Wapiti to continue its clearly dangerous single-pilot IFR and night VFR operations. These operations were performed without adequate staff, equipment, maintenance, supervision, communication or training. Transport Canada was aware of the scope of the problems at Wapiti from its own investigations and from the complaints of pilots. As Justice Walsh found, there was plenty of time for them to come to the conclusion that their permission to continue these practices should be withdrawn. Wapiti failed to respond to repeated warnings with

La plupart de ces manquements ont été signalés dans un rapport remis le 4 avril 1984 par l'inspecteur Lidstone au surintendant des opérations des transporteurs aériens. Ce rapport a donné lieu à une rencontre entre Dale Wells et Transports Canada. Au cours de cette rencontre, Wells a assuré Transports Canada que Wapiti s'améliorerait. Aucune autre mesure officielle n'a été prise. L'inspecteur Griffiths a, comme nous l'avons déjà indiqué, rédigé le 17 août 1984 un autre rapport dans lequel il a précisé que [TRADUCTION] «l'on ne tient aucunement compte des règlements, des droits des autres personnes et de la sécurité des passagers». Il a également prédit qu'il était «pratiquement certain» qu'un accident mortel se produirait à moins que des mesures soient prises pour mettre un frein aux violations commises par Wapiti. Chose étonnante—et tragique—la seule suite qui a été donnée à cet avertissement a été la décision d'entreprendre une enquête plus approfondie et de surveiller Wapiti de plus près.

Des quatorze incidents qui ont été signalés à compter du 2 juillet 1982 et pour lesquels Transports Canada a envisagé de prendre des mesures contre la compagnie aérienne, sept se sont soldés par des lettres d'avertissement ou d'accusations et sept n'ont donné lieu à aucune mesure. Le Ministère n'a fait aucune allusion aux mesures disciplinaires progressives qu'il était censé appliquer pour s'assurer que les normes de sécurité soient respectées.

Malgré le fait qu'il a reçu des signaux d'alarme pendant plus d'un an, Transports Canada a permis à Wapiti de continuer ses vols IFR à un seul pilote et ses vols VFR de nuit manifestement dangereux. Ces activités étaient effectuées malgré le fait que le personnel, l'équipement, l'entretien, la supervision et la formation étaient insuffisants. Transports Canada était au courant de l'ampleur des problèmes qui existaient chez Wapiti à la suite de ses propres enquêtes et des plaintes formulées par des pilotes. Ainsi que le juge Walsh l'a statué, Transports Canada disposait d'amplement de temps pour en venir à la conclusion

anything more than unfulfilled promises to comply with the specifications of their operating certificates. Transport Canada's acceptance of these repeated assurances was entirely inconsistent with its function of promoting passenger safety.

The Dubin Report concluded that:

The practice of reinstating an operational certificate solely on the basis of an undertaking to comply with safety standards in the future is an inadequate method of ensuring future compliance with safety standards.

In my view, to accept an undertaking to comply is just as inadequate prior to the cancellation of an operating certificate as it is afterwards.

Further, there was expert evidence, accepted by the Trial Judge, of Dr. Michael Enzle who stated that when Wapiti's orders and Transport Canada's rules were in conflict, a pilot would comply with Wapiti's orders and disregard Transport Canada's rules, even if it endangered his life and the lives of his passengers.

Had Transport Canada taken further investigative steps, they would have discovered that Dale Wells, Delbert's son, virtually coached new pilots on how to make fuel-saving, illegal approaches into High Prairie. Wells showed new pilots how it was possible to fly without an expensive co-pilot or auto-pilot by coming out of the clouds and landing visually, even at night. It was just such a game of chance which Vogel was playing when he crashed into the side of the mountain, killing six passengers.

Sadly, although Transport Canada threatened Wapiti with more severe enforcement measures, these threats turned out to be hollow ones, until after the crash, when Wapiti's authority to fly IFR flights was revoked, night VFR operations were strictly controlled, the management was changed, and other measures were taken.

This state of affairs was summed up in the Report prepared by Inspector Walter Gadzos for the Ministry

qu'il fallait retirer à Wapiti la permission de poursuivre ces pratiques. Wapiti n'a répondu aux avertissements répétés qu'en formulant des promesses non tenues de respecter les dispositions de ses certificats d'exploitation. En acceptant ces assurances répétées, Transports Canada allait complètement à l'encontre de son rôle de protection de la sécurité des passagers.

La rapport Dubin a tiré les conclusions suivantes:

La pratique de restituer un certificat d'exploitation uniquement sur engagement du contrevenant de se conformer dorénavant aux normes de sécurité est une méthode inefficace d'assurer cette conformité.

À mon avis, le fait d'accepter un engagement de se conformer est tout aussi inacceptable avant l'annulation d'un certificat d'exploitation qu'après celle-ci.

Par ailleurs, le juge de première instance a entendu et accepté le témoignage d'un expert, le Dr Michael Enzle, qui a affirmé qu'en cas de conflit entre les ordres de Wapiti et les règlements de Transports Canada, les pilotes se conformaient aux ordres de Wapiti et ne tenaient pas compte des règlements de Transports Canada, même si en ce faisant ils mettaient en danger leur vie et celle de leurs passagers.

Si Transports Canada avait mené une enquête plus approfondie, il aurait découvert que Dale Wells, le fils de Delbert, donnait pratiquement des leçons particulières aux nouveaux pilotes pour leur montrer comment suivre des itinéraires illégaux permettant d'économiser du carburant pour se rendre à High Prairie. Wells montrait aux nouveaux pilotes comment on pouvait effectuer des vols sans copilote ou pilote automatique dispendieux en émergeant des nuages et en atterrissant à vue, même la nuit. Vogel se livrait simplement à ce jeu de hasard lorsqu'il s'est écrasé sur le flanc de la montagne, tuant six passagers.

Malheureusement, même si Transports Canada a menacé Wapiti de mesures de contrainte plus sévères, ces menaces se sont avérées vaines jusqu'à ce que, après l'accident, l'autorisation de Wapiti d'effectuer des vols IFR soit retirée, que les activités de vols VFR de nuit soient strictement contrôlées, que la direction change et que d'autres mesures soient prises.

La situation est résumée dans le rapport que l'inspecteur Walter Gadzos a préparé pour le ministère

of Transportation after the crash, which was quoted by the Trial Judge [at (1990), 32 F.T.R. 129, at pages 141-142]*:

Transport Canada was aware of serious deficiencies in the carrier's flight operations and maintenance practices and knew that Wapiti Aviation Ltd. had been repeatedly violating safety standards for at least a year and one half prior to the accident date. Although Transport Canada had reasonable grounds to believe that Wapiti's operations were unsafe and that vigorous enforcement action was warranted, no effective action was taken until after the accident. . . .

Transport Canada's failure to take any meaningful steps to correct the explosive situation which it knew existed at Wapiti amounted to a breach of the duty of care it owed the passengers. Transport Canada officials negligently performed the job they were hired to do; they did not achieve the reasonable standard of safety inspection and enforcement which the law requires of professional persons similarly situated. It was not reasonable to accept empty promises to improve where no improvement was forthcoming. It is incomprehensible that a professional inspector of reasonable competence and skill would choose not to intervene in a situation which one of his own senior staff predicted was virtually certain to produce a fatal accident. The Trial Judge summarized Transport Canada's attitude to Wapiti as follows [at pages 143 and 147 F.T.R.]:

In most instances where infractions of the regulations were called to Wapiti's attention, or threats of suspension were made, Dale Wells was able to persuade the Department that notice had been taken of the complaints and that the airline would do better in the future. Evidently this was believed.

In the present case it is true that action was contemplated against Wapiti and a few steps had been taken during the preceding year but in the place of decisive action the defendant's employees had been satisfied with Wapiti's promises to do better.

* Editor's note: The passages in this quotation and the next one do not appear in the abridged reasons published in the Federal Court Reports.

des Transports après l'accident. Le juge de première instance a cité l'extrait suivant [(1990), 32 F.T.R. 129 aux pages 141 et 142]*:

Transports Canada connaissait l'existence de certaines déficiences importantes dans les opérations de vol et dans les pratiques en matière d'entretien du transporteur; depuis au moins un an et demi avant l'accident, ce ministère savait que Wapiti Aviation Ltd. contrevenait de façon répétée aux normes sur la sécurité. Bien que Transports Canada ait eu des motifs raisonnables de croire que les opérations de Wapiti étaient dangereuses et que des mesures d'exécution vigoureuses s'imposaient, il n'a posé d'action effective dans ce sens qu'après l'accident . . .

L'omission de Transports Canada de prendre des mesures concrètes pour corriger la situation explosive qu'il savait exister chez Wapiti équivalait à un manquement à l'obligation de diligence à laquelle il était tenu envers les passagers. Les fonctionnaires de Transports Canada ont accompli de façon négligente le travail pour lequel ils avaient été embauchés; ils n'ont pas respecté la norme raisonnable d'inspection de sécurité et d'application des règlements que la loi exige des professionnels qui se trouvent dans une situation semblable. Il n'était pas raisonnable d'accepter des promesses vides d'amélioration alors qu'il n'y avait pas d'amélioration. Il est incompréhensible qu'un inspecteur professionnel d'une compétence raisonnable choisisse de ne pas intervenir dans une situation qui, selon les prédictions de l'un de ses propres cadres supérieurs, produirait de façon pratiquement certaine un accident mortel. Voici en quels termes le juge de première instance a résumé l'attitude de Transports Canada envers Wapiti [aux pages 143 et 147 F.T.R.]:

Généralement, lorsque des infractions aux règlements ont été portées à l'attention de Wapiti, ou que des menaces de suspension ont été faites, Dale Wells a réussi à convaincre le ministère que la compagnie prenait bonne note des plaintes et ferait mieux à l'avenir. De façon évidente, on l'a cru.

Dans la présente affaire, il est vrai que des mesures contre Wapiti ont été considérées et que certaines dispositions dans ce sens ont été prises au cours de l'année ayant précédé l'accident; cependant, les employés de la défenderesse n'ont pas posé de geste décisif, mais se sont satisfaits des promesses de Wapiti qu'elle ferait mieux à l'avenir.

* Note de l'arrêviste: l'extrait, et celui qui suit, sont omis de la version abrégée dans le Recueil des arrêts de la Cour fédérale. Ils apparaissent, en version anglaise seulement, dans le recueil cité.

Such was Regional Inspector Davidson's response to the situation at Wapiti. It is not possible to reconcile this approach with that of a professional person of reasonable care and skill whose duty it was to protect passenger safety.

3. The Causation Issue

In addition to a duty and a breach of duty, the plaintiffs, in order to recover, must establish that the defendant caused their loss. Normally the test employed to decide the causation issue is the "but for" test. If the accident would not have occurred but for the conduct of the defendant, there was causation. If the accident would have occurred in any event, there was no causation. Where multiple forces contribute to an accident, the test is modified; if a person's negligence substantially contributed to an accident, it is also a cause of the accident. It is, therefore, possible to be a cause of an accident by acting along with others or by failing to prevent it.

In this case, it is clear that Vogel was a cause of the crash. It is equally obvious that Wapiti contributed to the accident by its preference for profit over safety and by its failure to operate its airline in a careful fashion. What must be demonstrated by the plaintiff in order to succeed, however, is that Transport Canada's negligence in failing to take sterner measures contributed to this crash; that but for its substandard conduct this crash would not have occurred.

Historically, specific evidence of causation was required by the courts. Often scientific proof was needed to establish a linkage between the defendant's act and the plaintiff's loss. This was a difficult task. Sometimes seemingly meritorious claims foundered on the causation shoal. The courts modified some of the causation rules, shifting the onus of proving causation to the defendant in limited circumstances. (See Fleming "Probabilistic Causation in Tort Law" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 661.) Occasionally, less stringent tests of linkage were employed by courts.

Voilà comment l'inspecteur régional Davidson a réagi à la situation qui existait chez Wapiti. Cette manière d'agir est inconciliable avec celle d'une personne professionnelle faisant preuve de diligence et de soin raisonnables et ayant l'obligation de protéger la sécurité des passagers.

3. La question du lien de causalité

En plus d'établir l'existence d'une obligation et celle d'un manquement à cette obligation, les demandeurs doivent, pour obtenir gain de cause, démontrer que le préjudice qu'ils ont subi est imputable à la défenderesse. Normalement, le critère dont on se sert pour trancher la question du lien de causalité est celui du «facteur déterminant» (le «*but for test*»). Si l'accident ne se serait pas produit sans la négligence du défendeur, il y a lien de causalité. Si l'accident se serait produit de toute façon, il n'y a pas de lien de causalité. Lorsque plusieurs facteurs contribuent à l'accident, le critère est modifié: si la négligence d'une personne a contribué de façon importante à l'accident, elle constitue également une cause de l'accident. Il est donc possible d'être la cause d'un accident en agissant avec d'autres personnes ou en ne le prévenant pas.

En l'espèce, il est évident que Vogel a contribué à l'accident. Il est également évident que Wapiti y a contribué en préférant le profit à la sécurité et en n'exploitant pas sa compagnie aérienne d'une manière prudente. Pour obtenir gain de cause, les demandeurs doivent toutefois démontrer que la négligence commise par Transports Canada en ne prenant pas des mesures plus énergiques a contribué à l'accident en question, que n'eut été du fait qu'il n'a pas respecté les normes prescrites, cette catastrophe ne se serait pas produite.

Historiquement, les tribunaux exigeaient une preuve spécifique de lien de causalité. Souvent, il fallait faire une preuve scientifique pour établir un lien entre l'acte du défendeur et le préjudice subi par le demandeur. C'était une tâche difficile. Il arrivait que des demandes apparemment bien fondées se heurtent contre l'écueil du lien de causalité. Les tribunaux ont modifié certaines des règles relatives au lien de causalité, en déplaçant le fardeau de la preuve du lien de causalité sur le défendeur dans certaines circonstances limitées (voir Fleming, «Probabilistic Causation» (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 661.)

Madam Justice Wilson in *Kamloops (supra)*, for example, with a fact pattern very similar to this one, found that causation had been proven against a municipality that failed to enforce its by-laws. She explained [at page 15]:

The city's responsibility as set out in the By-law was to vet the work of the builder and protect the plaintiff against the consequences of any negligence in the performance of it. In those circumstances it cannot, in my view, be argued that the city's breach of duty was not causative.

A significant breakthrough in clarifying and modernizing causation doctrine was achieved by Mr. Justice Sopinka in *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311, at pages 328-330, a malpractice case, where he stated:

I am of the opinion that the dissatisfaction with the traditional approach to causation stems to a large extent from its too rigid application by the courts in many cases. Causation need not be determined by scientific precision. It is, as stated by Lord Salmon in *Alphacell Ltd. v. Woodward*, [1972] 2 All E.R. 475, at p. 490:

... essentially a practical question of fact which can best be answered by ordinary common sense rather than abstract metaphysical theory.

In many malpractice cases, the facts lie particularly within the knowledge of the defendant. In these circumstances, very little affirmative evidence on the part of the plaintiff will justify the drawing of an inference of causation in the absence of evidence to the contrary.

The legal or ultimate burden remains with the plaintiff, but in the absence of evidence to the contrary adduced by the defendant, an inference of causation may be drawn although positive or scientific proof of causation has not been adduced.

This statement echoed the view of the House of Lords in *Wilsher v. Essex Area Health Authority*, [1988] 2 W.L.R. 557, at page 569 that a "robust and pragmatic" approach to fact-finding in the causation area was to be employed. It is also consistent with the decision of this Court in *Letnik v. Toronto (Municipality of Metropolitan)*, [1988] 2 F.C. 399, at page 417, where Mr. Justice MacGuigan advocated a

tion in Tort Law» (1989), 68 *Rev. du Bar. can.* 661). À l'occasion, les tribunaux ont utilisé des critères moins rigoureux en matière de lien de causalité. Ainsi, dans l'arrêt *Kamloops*, précité, Madame le juge Wilson a conclu, dans une situation factuelle très semblable à la présente, que le lien de causalité avait été établi à l'encontre d'une municipalité qui n'avait pas appliqué ses règlements. Elle a expliqué [à la page 15]:

La responsabilité de la ville énoncée dans le règlement consistait à examiner soigneusement les travaux du constructeur et à protéger la demanderesse contre les conséquences de toute négligence dans leur exécution. Dans ces circonstances, on ne peut à mon avis prétendre que le manquement de la ville à son obligation ne constitue pas une cause.

Le juge Sopinka a fait un grand bond en avant pour clarifier et moderniser la doctrine du lien de causalité dans l'arrêt *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311, aux pages 328 à 330, qui portait sur une faute professionnelle. Voici en quels termes il s'est exprimé:

Je suis d'avis que le mécontentement à l'égard de la façon traditionnelle d'aborder la causalité dépend dans une large mesure de son application trop rigide par les tribunaux dans un grand nombre d'affaires. La causalité n'a pas à être déterminée avec une précision scientifique. C'est, comme l'a dit lord Salmon dans l'arrêt *Alphacell Ltd. v. Woodward*, [1972] 2 All E.R. 475, à la p. 490:

[TRADUCTION] ... essentiellement une question de fait pratique à laquelle on peut mieux répondre par le bon sens ordinaire plutôt que par une théorie métaphysique abstraite.

Dans un grand nombre d'affaires en matière de faute professionnelle, le défendeur possède une connaissance particulière des faits. Dans ces circonstances, il suffit de très peu d'éléments de preuve affirmative de la part du demandeur pour justifier une déduction de causalité en l'absence de preuve contraire.

Le fardeau ultime de la preuve incombe au demandeur, mais en l'absence de preuve contraire présentée par le défendeur, une inférence de causalité peut être faite même si une preuve positive ou scientifique de la causalité n'a pas été produite.

Cette affirmation faisait écho à l'opinion formulée par la Chambre des lords dans l'arrêt *Wilsher v. Essex Area Health Authority*, [1988] 2 W.L.R. 557, à la page 569, suivant laquelle il y avait lieu, en matière de lien de causalité, d'aborder les faits [TRADUCTION] «d'une façon décisive et pragmatique». Elle s'accorde également avec l'arrêt *Letnik c. Toronto (Municipalité de la Communauté urbaine)*, [1988] 2 C.F.

“more practical, common sense approach” to evidence of causation.

It is clear, therefore, that the Trial Judge was correct when he concluded, somewhat indirectly, that Transport Canada’s negligence was a cause of the crash. There was sufficient evidence of causation to permit him and this Court (as was done by the Supreme Court of Canada in *Snell*), to infer, on the basis of the “ordinary common sense” approach now favoured, that the negligence of Transport Canada contributed to the crash. There was certainly no evidence advanced to the contrary.

While Transport Canada cannot prevent a pilot from flying negligently or from endangering the lives of passengers, if he or she so chooses, it can reduce the risk that this will occur. They can stop an airline from using shoddy equipment. They can minimize, through inspection and enforcement, the occasions when such negligence will occur. Transport Canada cannot prevent airlines from trying to run their businesses as cheaply and profitably as possible, but they can seek to enforce compliance with the safety rules. The desire to promote passenger safety led to legislation and regulations under which the Crown was given the duty to ensure that certain safety standards were established and maintained. The *Aeronautics Act* obviously presumes a connection between the fulfilment of these duties and the maintenance of safe air travel.

Had Transport Canada taken the vigorous enforcement measures warranted by its knowledge of the danger, Vogel might have had a co-pilot on the night of the crash, or felt confident that there would be an operating auto-pilot. He might have had two direction finders. Wapiti might not have encouraged Vogel to break weather minima. Vogel might have been taught a way of approaching High Prairie which was consistent with passenger safety. When he tried to contact High Prairie, better communication with the ground

399, de notre Cour, dans lequel le juge MacGuigan, J.C.A., préconise, à la page 417, une «approche plus pragmatique, guidée par le bon sens» pour établir le lien de causalité.

Il est donc évident que c’est à bon droit que le juge de première instance a conclu, de façon quelque peu indirecte, que la négligence de Transports Canada avait contribué à l’accident. Les éléments de preuve relatifs au lien de causalité étaient suffisants pour lui permettre—et pour permettre à notre Cour—de conclure, à l’instar de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Snell*, que suivant l’approche «du bon sens ordinaire» qui est maintenant favorisée, la négligence de Transports Canada avait contribué à l’accident. Il est certain qu’aucune preuve contraire n’a été présentée.

Bien que Transports Canada ne puisse pas empêcher un pilote de piloter un avion de façon négligente ou de mettre la vie des passagers en danger, il peut réduire le risque que cela se produise. Il peut empêcher une compagnie aérienne d’utiliser de l’équipement de mauvaise qualité. Il peut, au moyen d’inspections et de mesures de contrainte, réduire le nombre de situations où cette négligence peut se produire. Transports Canada ne peut pas empêcher les compagnies aériennes d’essayer d’exploiter leur entreprise de façon aussi économique et rentable que possible, mais il peut essayer de les forcer à respecter les règles de sécurité. Le désir d’encourager la sécurité des passagers a abouti à des textes législatifs et réglementaires aux termes desquels l’État s’est vu confié l’obligation de s’assurer que certaines normes de sécurité soient établies et respectées. La *Loi sur l’aéronautique* suppose manifestement l’existence d’un lien entre l’exécution de ces fonctions et le maintien de la sécurité dans le transport aérien.

Si Transports Canada avait pris les rigoureuses mesures de contrainte que justifiait sa connaissance du danger, il est possible que Vogel aurait été accompagné d’un copilote le soir de l’accident ou qu’il aurait pu compter sur un pilote automatique. Il aurait peut-être eu deux radiogoniomètres. Wapiti n’aurait peut-être pas encouragé Vogel à enfreindre les règles atmosphériques minimales. On aurait peut-être indiqué à Vogel une façon de s’approcher de High Prairie qui était compatible avec la sécurité des pas-

might have existed. Better management personnel might have been in place. Or, if none of the above was possible, perhaps Wapiti might not have been flying the Edmonton-High Prairie route at all, due to their stubborn and repeated failure to comply with safety standards. Perhaps most importantly, however, as the Trial Judge found, the failure to inspect and enforce regulations contributed to the development of a lax safety environment at Wapiti. An unsafe environment existed at Wapiti because Transport Canada failed to act upon the complaints it received from pilots and the other warning signals evident in Wapiti's sloppy maintenance and single-pilot IFR practices. A practice of careless flying was allowed to develop and was condoned by the defendant. Although it was the Wells family which adopted the airline's unsafe practices, it was Transport Canada which initially gave them government approval to operate and which later failed to take steps which its own governing Act and regulations required when these problems were brought to its attention. Pilots at Wapiti who were concerned about safety conditions had nowhere to turn: if they went to Wells they would be fired, and if they went to Transport Canada they were met with inaction. Small wonder that they became careless and took the dangerous short cuts they were pressured to take.

Commenting on the pre-crash situation at Wapiti, the Trial Judge stated [at pages 638-639]:

The pressure put on pilots to undertake flights in contravention of the regulations despite some defects in equipment was known to the defendant some time before the crash. . . . This pressure as it affected Vogel would be a contributing causal link.

sagers. Lorsqu'il a essayé de communiquer avec High Prairie, de meilleurs réseaux de communication avec le sol auraient pu exister. Un meilleur personnel de direction aurait peut-être été en poste. Ou, si rien de tout ce qui précède n'était possible, Wapiti n'aurait peut-être pas pu assurer du tout la liaison Edmonton-High Prairie à cause de son défaut entêté et répété de se conformer aux normes de sécurité. Mais, ce qui est peut-être encore plus important, comme le juge de première instance l'a constaté, le fait de ne pas procéder à des inspections et de ne pas faire respecter les règlements a contribué à l'instauration d'un climat de relâchement de la sécurité chez Wapiti. Il existait un climat peu sûr chez Wapiti parce que Transports Canada ne donnait pas suite aux plaintes qu'il recevait des pilotes et aux autres signaux d'alarme qui lui étaient lancés en raison de l'entretien peu soigné de Wapiti et de l'habitude de permettre des vols IFR à pilote unique. La défenderesse a laissé Wapiti prendre l'habitude d'effectuer des vols négligents et elle a fermé les yeux sur cette pratique. Bien que ce soit les membres de la famille Wells qui aient adopté les pratiques peu sûres de la compagnie aérienne, c'est Transports Canada qui leur a initialement donné l'approbation gouvernementale d'exercer leurs activités et qui a par la suite négligé de prendre les mesures que la loi et le règlement qui la régissaient expressément l'obligeaient à prendre lorsque ces problèmes ont été portés à son attention. Les pilotes de Wapiti qui étaient préoccupés par la sécurité n'avaient personne à qui s'adresser: s'ils en parlaient à Wells, ils étaient congédiés, et s'ils s'adressaient à Transports Canada, on ne donnait pas suite à leurs plaintes. Il n'est pas étonnant qu'ils sont devenus négligents et qu'ils ont pris les raccourcis dangereux qu'on les exhortait à prendre.

Le juge de première instance a formulé les commentaires suivants au sujet de la situation qui existait chez Wapiti avant l'accident [aux pages 638 et 639]:

En raison des plaintes formulées par différents pilotes, lors de l'accident, la défenderesse était au courant depuis un bon moment des pressions exercées sur les pilotes pour les forcer à entreprendre des vols avec un équipement défectueux en contravention des règlements. Cette pression, et la manière dont elle affectait Vogel, peuvent être considérées comme ayant contribué à l'accident et comme ayant un lien causal avec celui-ci.

I conclude therefore that, on the facts, and on the basis of the most recent interpretations of the law, the defendant must be held partially to blame for what took place.

Evidence was offered by the plaintiff to show how pilots would act in the pressurized situation at Wapiti.

The incidents of negligence of the defendant are so numerous that they provide more than ample evidence to ground an inference that this negligence caused much of the unsafe environment at Wapiti before the crash. Such a conclusion is consistent with the "ordinary common sense" approach recommended by Sopinka J. and with the "practical" approach suggested by Mr. Justice MacGuigan. That this environment was a *sine qua non* of the fatal crash cannot be disputed. But for it, the accident would not have occurred. There is adequate evidence here to satisfy the demand for a link between the negligent conduct of the defendant and the fatal crash. The Trial Judge was correct, therefore, when he inferred that Transport Canada was a contributing cause of the crash that took the lives of Peever and Swanson.

4. The Apportionment Issue

The Trial Judge apportioned the blame for the accident equally, holding that the Crown bore one-third of the responsibility, as did Vogel and Wapiti. This division was challenged by counsel for the appellants, who argued that Vogel and Wapiti were the primary culprits, with Transport Canada playing only a minor role. While individual members of this Court might, as trial judges, apportion liability somewhat differently, it is not our function to second-guess these decisions. Unless there is clear error of principle or a serious misunderstanding of the facts, the apportionment of negligence should not be interfered with by an appellate court. The governing statutory material is the *Worker's Compensation Act*, S.A. 1981, c. W-16, subsection 18(2) which reads in part:

18. . . .

(2) . . . if the court is of the opinion that that employee or worker, by his fault or negligence, contributed to the damage or loss of the plaintiff, it shall hold the defendant liable only

En conséquence, sur le fondement des faits en l'espèce, et sur celui des interprétations plus récentes de la loi, je conclus que la défenderesse doit être tenue partiellement responsable de l'accident.

a La demanderesse a présenté des éléments de preuve pour démontrer comment les pilotes réagissaient lorsqu'ils étaient soumis à des pressions chez Wapiti.

Les incidents de négligence de la défenderesse sont si nombreux qu'ils fournissent une preuve plus que suffisante pour justifier la conclusion que cette négligence a contribué en grande partie au climat peu sûr qui régnait chez Wapiti avant l'accident. Cette conclusion s'accorde avec l'approche «du bon sens ordinaire» recommandée par le juge Sopinka et avec l'approche «pragmatique» suggérée par le juge MacGuigan, J.C.A. On ne peut contester que ce climat ait été un facteur déterminant de l'accident fatal. Sans ce climat, l'accident ne se serait pas produit. Il y a suffisamment d'éléments de preuve en l'espèce pour satisfaire au critère qui exige l'existence d'un lien entre la conduite négligente de la défenderesse et l'accident fatal. Le juge de première instance a donc eu raison de conclure que Transports Canada avait contribué à l'accident qui a coûté la vie à Peever et Swanson.

4. La question du partage de la responsabilité

f Le juge de première instance a partagé la responsabilité de l'accident également en faisant respectivement supporter un tiers de la responsabilité par la Couronne, Vogel et Wapiti. Ce partage est contesté par les avocats de l'appelante, qui prétendent que Vogel et Wapiti sont les principaux coupables et que Transports Canada n'a joué qu'un rôle mineur. Même si des membres de notre Cour pourraient, à titre de juges du fond, partager la responsabilité quelque peu différemment, il ne nous appartient pas de substituer notre décision à celle qui a déjà été rendue. Sauf en cas d'erreur de droit manifeste ou d'interprétation gravement erronée des faits, le tribunal d'appel ne doit pas modifier le partage de la responsabilité. Le texte législatif applicable est le paragraphe 18(2) de la *Worker's Compensation Act*, S.A. 1981, chap. W-16, dont voici un extrait:

[TRADUCTION] 18. . . .

g (2) . . . lorsqu'il est d'avis que le salarié ou le travailleur a, par sa propre faute ou négligence, contribué au danger ou au dommage subi par le demandeur, le tribunal ne tient le défendeur

for that portion of the damage or loss occasioned by the defendant's own fault or negligence.

The Trial Judge relied on the suggestion of counsel for the plaintiffs that one-third of the damages be borne by Transport Canada. The learned Trial Judge called it a [at page 639] "concession" by counsel for the plaintiff, but that was not what it was. Counsel for the plaintiff later suggested that a higher proportion of the damages be borne by the defendant, based on the *Rothfield* case, (*supra*) where 70 per cent of the blame was placed on a municipality for negligent inspection. He felt, however, that this would be "punitive" and concluded that one-third would be "justified on the facts of this case" because of the "general attitude of delay apparent in the Department and use of persuasion rather than draconian measures in enforcement of the regulations still remains. Clearly too much reliance is placed on promises by airlines . . ."

I can see no basis upon which this Court can interfere with this apportionment, nor is there any reason to interfere with the disposition of the costs by the Trial Judge.

In the result, this appeal is dismissed with costs, but, because the Swanson and Peever appeals were argued together, there will be only one set of counsel fees, divided equally between the two appeals.

HEALD J.A.: I concur.

MACGUIGAN J.A.: I concur.

responsable que de la proportion du danger ou du préjudice occasionné par la faute ou par la négligence personnelle du défendeur.

Le juge de première instance a retenu la suggestion de l'avocat des demandeurs voulant que le tiers des dommages-intérêts soit supporté par Transports Canada. Le juge de première instance a qualifié à tort cette suggestion de [à la page 639] «concession» de l'avocat des demandeurs. L'avocat des demandeurs a proposé par la suite qu'une proportion plus élevée des dommages soit supportée par la défenderesse, sur le fondement de l'arrêt *Rothfield*, précité, dans lequel le tribunal avait imputé 70 % de la responsabilité à la municipalité pour inspection négligente. Il a toutefois estimé qu'il s'agirait d'une mesure «punitive» et a conclu que, «à la lumière des faits de la présente espèce», l'imputation d'un tiers de la responsabilité était «justifiée», parce que «l'attitude générale d'atermoiement qui était évidente au ministère, de même que l'utilisation de la persuasion plutôt que de mesures draconiennes d'exécution des règlements, persistent. Manifestement, . . . l'on a tendance à trop se fier aux promesses des compagnies aériennes . . . ».

Je ne vois aucune raison qui justifierait notre Cour de modifier ce partage de responsabilité ou de modifier l'adjudication des dépens effectuée par le juge de première instance.

En conséquence, le présent appel est rejeté avec dépens, mais, parce que les appels Swanson et Peever ont été entendus ensemble, il n'y aura qu'une série d'honoraires d'avocats, qui seront divisés également entre les deux appels.

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

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

T-451-91	T-451-91
Cree Regional Authority and Bill Namagoose (Applicants)	Administration régionale crie et Bill Namagoose (requérants)
v.	a c.
Raymond Robinson (Respondent)	Raymond Robinson (intimé)
and	et
Procureur général du Québec and Hydro-Québec (Intervenors)	b Procureur général du Québec et Hydro-Québec (intervenants)
and	et
Makivik Corporation (Intervenor)	c Makivik Corporation (intervenante)
INDEXED AS: CREE REGIONAL AUTHORITY v. CANADA (FEDERAL ADMINISTRATOR) (T.D.)	d RÉPERTORIÉ: ADMINISTRATION RÉGIONALE CRIE c. CANADA (ADMINISTRATEUR FÉDÉRAL) (1 ^{re} INST.)

Trial Division, Rouleau J.—Montréal, July 16, 17, 18 and 19; Ottawa, September 10, 1991.

Section de première instance, juge Rouleau—Montréal, 16, 17, 18 et 19 juillet; Ottawa, 10 septembre 1991.

Native peoples — Lands — Indians seeking mandamus to order federal Administrator to comply with review procedures contemplated by James Bay and Northern Quebec Agreement — Great Whale River Hydroelectric Project — Under JBNQ Agreement, Indians, Inuit giving up territorial rights for federal, provincial undertakings — Project proceeding although federal environmental review not initiated — Federal Administrator telling Indians lacking mandate to apply federal impact assessment review procedure — Federal, provincial authorities cutting new deal for assessment under EARP Guidelines without participation of JBNQ Agreement's aboriginal signatories — Under JBNQ, federal, provincial reviews combined only if all three parties (federal, provincial governments and Cree Regional Authority) agree and combined review without prejudice to Crees — Federal government incurring fiduciary obligation towards Crees in extinguishing native rights by James Bay and Northern Quebec Native Claims Settlement Act — Indians' right to separate federal, provincial environmental reviews also protected by Constitution Act, s. 35(1) — Latest federal-provincial deal intended to appease, circumvent native peoples, get rid of obligations under JBNQ Agreement — Bipartite deal cannot be substituted for federal obligations under JBNQ Agreement.

Peuples autochtones — Terres — Des Indiens concluent à ordonnance de mandamus pour obliger l'administrateur fédéral à appliquer le processus d'examen prévu à la Convention de la Baie James et du Nord québécois — Projet hydro-électrique de la rivière Grande Baleine — En application de la Convention BJNQ, des Indiens et Inuit ont cédé leurs droits territoriaux en vue d'entreprises fédérales et provinciales — Mise en œuvre du projet sans examen fédéral des répercussions sur l'environnement — L'administrateur fédéral faisait savoir aux Indiens qu'il n'était pas habilité à appliquer le processus fédéral d'évaluation environnementale — Conclusion par les autorités fédérales et provinciales d'un nouvel accord d'évaluation sous le régime des Lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, sans la participation des autochtones signataires de la Convention BJNQ — Selon cette dernière, les examens fédéral et provincial ne peuvent fusionner que si toutes les trois parties (gouvernement fédéral, gouvernement provincial et Administration régionale crie) y consentent et si cette fusion ne se fait pas au détriment des Cris — L'État fédéral a assumé une obligation fiduciaire envers les Cris en éteignant les droits autochtones par la Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois — Le droit des Indiens à des examens fédéral et provincial séparés en matière environnementale est aussi protégé par l'art. 35(1) de la Loi constitutionnelle — La dernière entente fédérale-provinciale visait à apaiser et à circonvier les populations autochtones, et à dispenser des obligations fédérales prévues par la Convention BJNQ.

Environment — Application for mandamus ordering federal Administrator to comply with environmental review procedures

Environnement — Requête en mandamus pour obliger l'administrateur fédéral à appliquer le processus d'examen des

contemplated by James Bay and Northern Quebec Agreement — Indians giving up territorial rights for federal, provincial undertakings — Great Whale Project proceeding prior to environmental review — Federal Administrator telling Indians no mandate for federal review after advising Quebec officials as to urgency of review and that Project subject to federal environmental review — Federal, Quebec governments reaching new agreement for environmental assessment without consent of Indians — No doubt Project will interfere with wildlife, affect natives' social, economic future — Constitution Act, s. 35(1) protecting native hunting, fishing rights by separate federal, provincial environmental reviews — Recent agreement intended to appease, circumvent Indians, get rid of responsibilities under JBNQ Agreement — As JBNQ ratified by statute, duties thereunder relieved only by statute — New review, under EARP Guidelines, having no effect on provincial undertaking — Raising of public awareness only value — Project requiring no federal authorization.

Judicial review — Prerogative writs — Mandamus — Federal Administrator having public duty to carry out environmental impact assessment — Mandamus available to compel Crown servant to perform public duty — No more convenient remedy available — Demand and refusal.

Constitutional law — Distribution of powers — Whether federal government intending, by James Bay and Northern Quebec Agreement, to delegate to provincial Administrator, by implication, legislative authority regarding Indians, fish, migratory birds and navigable waters — Interdelegation requiring express statutory delegation, mechanism for revocation.

This was an application for *mandamus* or, in the alternative, a mandatory injunction, to compel the respondent Administrator to carry out a federal environmental and social impact assessment as provided for by the James Bay and Northern Quebec Agreement and the *James Bay and Northern Quebec Native Claims Settlement Act*.

When the Agreement was executed in 1975, the signatories included the federal and provincial governments, and representatives of the Cree and Inuit. The Agreement was incorporated into legislation provincially and federally, the federal legislation being the Act. Under the Agreement, the natives of Northern Quebec ceded certain rights over the territory in return for specific undertakings given by the governments. The Agreement provided for the designation of a provincial Administrator for matters falling within provincial jurisdiction, and a federal Administrator for matters under federal jurisdiction. It provided for environmental and social impact assessments of, *inter alia*, energy production developments. A developer was

répercussions sur l'environnement, que prévoit la Convention de la Baie James et du Nord québécois — Cession par les Indiens de leurs droits territoriaux en vue d'entreprises fédérales et provinciales — Mise en œuvre du projet de Grande Baleine avant qu'il y ait eu examen des répercussions sur l'environnement — L'administrateur fédéral faisait savoir aux Indiens qu'il n'était pas habilité à procéder à l'examen fédéral, après avoir informé les autorités québécoises que ce projet était assujéti à l'examen environnemental fédéral et que cet examen était urgent — Conclusion d'un nouvel accord d'évaluation environnementale par les gouvernements fédéral et provincial sans le consentement des Indiens — Il est hors de doute que le projet aura des répercussions sur la faune comme sur l'avenir social et économique des autochtones — L'art. 35(1) de la Loi constitutionnelle protège les droits de chasse et de pêche des autochtones par des processus séparés d'examen environnemental, l'un fédéral, l'autre provincial — Le récent accord visait à apaiser et à circonvier les Indiens, et à dispenser des obligations prévues par la Convention BJNQ — Cette Convention ayant été ratifiée par voie législative, seule une loi peut dispenser des obligations qu'elle prévoit — Le nouveau processus d'examen, à entreprendre sous le régime des Lignes directrices, n'aura aucun effet à l'égard d'une entreprise provinciale — Le fait d'attirer l'attention du public est d'une utilité restreinte — Le projet ne nécessite aucun permis fédéral.

Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — Mandamus — L'administrateur fédéral est tenu à l'obligation publique de procéder à l'évaluation des répercussions sur l'environnement — Recours possible en *mandamus* pour obliger un employé de la Couronne à remplir une obligation publique — Il n'y a aucun autre recours plus pratique — Demande et refus.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Il échet d'examiner si par la Convention de la Baie James et du Nord québécois, l'État fédéral entendait déléguer implicitement à l'administrateur provincial ses pouvoirs législatifs concernant les Indiens, les pêcheries, les oiseaux migrateurs et les eaux navigables — La délégation des pouvoirs ne peut se faire que par une loi expresse à cet effet, avec mécanisme de révocation.

Il y a en l'espèce requête en *mandamus* ou, subsidiairement, en injonction, pour ordonner à l'administrateur intimé d'appliquer le processus fédéral d'évaluation des répercussions sur l'environnement, que prévoit la Convention de la Baie James et du Nord québécois et la *Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois*.

La convention, signée en 1975 par les gouvernements fédéral et provincial, les représentants des Cris et des Inuit, fut mise en vigueur par une loi provinciale et une loi fédérale, en l'occurrence la Loi dont s'agit. Par cette convention, les autochtones du Nord québécois ont cédé certains de leurs droits en échange d'engagements spécifiques donnés par les gouvernements. La convention prévoit la nomination d'un administrateur provincial pour exercer les fonctions prévues en matière de compétence provinciale, et d'un administrateur fédéral pour les questions de compétence fédérale. Elle prévoit également l'évaluation des répercussions, notamment des projets de production d'énergie, sur l'environnement et le milieu

required to submit the impact statement to "the Administrator" who would forthwith transmit it to a (federal) Environmental and Social Impact Review Panel or a (provincial) Environmental and Social Impact Review Committee. The agreement further provided that the Administrator should decide whether an assessment is required, as well as its nature and extent.

Initially, the respondent sought to have the Great Whale River Hydroelectric Project subjected to a federal environmental review. Then, in November, 1990, the federal and provincial governments entered into an agreement to carry out a joint assessment. That agreement provided that the assessment be carried out in accord with the federal Environmental Assessment Review Process Guidelines; but the assessment was to be submitted to the provincial Administrator only.

Held, mandamus should issue.

The reference to the "Administrator" in the singular includes, under subsection 33(2) of the *Interpretation Act*, the plural. The Agreement provides that the two review bodies may be combined only by agreement of the federal government, the provincial government and the Cree Regional Authority, and that the combined review shall be without prejudice to the rights guaranteed to the Cree. Two separate review processes are thus distinctly contemplated. The bipartite deal between the two governments clearly lacks the condition of mutuality among the three parties, and the excluded party, the Cree, clearly view the arrangement as being prejudicial to their interests. In the same section, the Agreement provides that a project not be submitted to more than one review "unless such project falls within the jurisdiction of both Québec and Canada". The logical conclusion is that, where a project does touch upon both jurisdictions, it is to be submitted to both a federal and a provincial review. The Great Whale Project affects matters of federal competence, including migratory birds, fisheries, marine mammals, Indians and Indian lands, and navigable waters, and matters of provincial competence, namely local works and undertakings and hydroelectric developments. The federal Administrator therefore has a public, non-discretionary duty to carry out an independent federal environmental review of the project.

Inter-delegation by the federal Crown to a provincial authority is only constitutionally valid if it is done expressly by act of Parliament and the powers delegated are expressly made revocable. Here, there is neither a statutory grant of matters within federal jurisdiction to the provincial Administrator with respect to the JBNQ Agreement, nor the requisite revocation mechanism. The Agreement therefore cannot and does not delegate any of the federal assessment authority to the provincial Administrator, and there is no power in the provincial Administrator to deal with the impact of the project on areas of federal competence.

The surrender by an Indian band of its interest in land to the federal government creates a fiduciary obligation on the part of

social. Le promoteur doit soumettre son rapport des répercussions à «l'administrateur» qui le transmet sans délai au comité d'examen des répercussions sur l'environnement et le milieu social, fédéral ou provincial selon le cas. La convention prévoit en outre l'obligation pour l'administrateur de décider si une évaluation est requise, et d'en établir la nature et la portée.

À l'origine, l'intimé cherchait à soumettre le projet hydro-électrique de la rivière Grande Baleine au processus d'examen fédéral des répercussions environnementales. Par la suite, en novembre 1990, les gouvernements fédéral et provincial ont conclu un accord d'évaluation conjointe. Cet accord prévoyait que l'évaluation serait effectuée conformément aux Lignes directrices (fédérales) visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, mais par l'administrateur provincial seul.

Jugement: il y a lieu à mandamus.

L'emploi au singulier du terme «administrateur» s'entend également, par application du paragraphe 33(2) de la *Loi d'interprétation*, du pluriel. La Convention prévoit que les deux comités d'examen ne peuvent fusionner que par consentement du gouvernement fédéral, du gouvernement provincial et de l'Administration régionale crie, et que cette fusion ne doit pas porter préjudice aux droits garantis aux Cris. Deux processus d'examen séparés étaient clairement envisagés. L'accord bipartite entre les deux gouvernements ne satisfait certainement pas à la condition de consentement mutuel des trois parties, et il est manifeste que la partie exclue, c'est-à-dire les Cris, le considère comme contraire à ses intérêts. La même disposition de la Convention prévoit qu'un projet ne peut être soumis à plus d'un processus d'examen à moins qu'il «ne relève à la fois de la compétence du Canada et du Québec». La conclusion logique qui en découle est que si tel est le cas, le projet sera soumis à la fois à l'examen fédéral et à l'examen provincial. Le projet de Grande Baleine touche aux matières de compétence fédérale, qui comprennent les oiseaux migrateurs, les pêcheries, les mammifères marins, les Indiens et terres indiennes, et les eaux navigables, ainsi qu'à des matières de compétence provinciale, savoir les travaux et entreprises d'une nature locale et les développements hydro-électriques. L'administrateur fédéral est donc tenu à l'obligation publique impérative d'entreprendre l'examen fédéral impartial des répercussions environnementales du projet.

La délégation de pouvoirs fédéraux à une autorité provinciale n'est constitutionnellement valide que si elle se fait expressément par une loi et si les pouvoirs délégués sont expressément révocables. Il n'y a pas en l'espèce délégation par voie législative à l'administrateur provincial de pouvoirs relatifs à des matières de compétence fédérale en ce qui concerne la Convention BBNQ; est également absent le dispositif requis de révocation. En conséquence, la convention n'opère et ne saurait opérer délégation d'aucun pouvoir fédéral d'évaluation à l'administrateur provincial; celui-ci n'est donc habilité à s'occuper d'aucune répercussion du projet dans des domaines de compétence fédérale.

La cession de droits territoriaux par une bande indienne à l'État fédéral crée chez celui-ci une obligation fiduciaire

the government towards that band. If it did not already have a fiduciary obligation to the Cree, the federal government assumed one when it extinguished their native rights by subsection 3(3) of the Act. Treaties and statutes relating to Indians should be liberally construed and doubtful expressions resolved in favour of the Indians. The onus lies on the party *a* who would prove the Crown's intent to extinguish Indian rights, and that intention must be clear and plain. The federal government could not extinguish the right to the assessment procedures provided by sections 22 and 23 of the JBNQ Agreement except by doing so expressly. Native rights under the Agreement are also protected by section 35 of the *Constitution Act, 1982*. The JBNQ agreement having been ratified by statute, the terms of the later, bipartite arrangement cannot be substituted for the statutorily imposed duty. As the review provided for by the new agreement is to be carried out under the federal EARP Guidelines, any recommendations flowing therefrom would be of no effect with respect to a provincial undertaking. There being no federal permit or authorization required, the project could not be delayed for adverse impacts on areas of federal jurisdiction.

Mandamus will lie against a Crown servant in his official capacity to compel performance of a duty owed to the public, provided that the applicant has a legal right to such performance, has demanded that the act be performed, and has been refused. A person performing functions of a public nature is a Crown servant unless that person has discretionary powers which can be exercised independently. The Administrator has no discretionary powers, but only positive duties. The Cree have a right, under the JBNQ Agreement, to exact performance of the Administrator's public duty to carry out an environmental assessment. There has been demand and refusal.

envers cette bande. À supposer qu'il ne fût pas déjà tenu à cette obligation fiduciaire envers les Cris, l'État fédéral l'a assumée en l'espèce en éteignant leurs droits autochtones par le paragraphe 3(3) de la Loi. Les traités et les lois visant les Indiens doivent recevoir une interprétation libérale et toute ambiguïté doit profiter aux Indiens. Il incombe à la partie qui l'invoque de prouver la volonté de la Couronne d'éteindre des droits indiens, laquelle volonté doit être claire et expresse. L'État fédéral ne pouvait, sans une disposition expresse à cet effet, éteindre le droit aux processus d'évaluation environnementale visés aux chapitres 22 et 23 de la Convention BJNQ. Les droits autochtones prévus à la convention sont encore protégés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La Convention BJNQ ayant été ratifiée par voie législative, on ne saurait substituer à l'obligation légale les clauses de l'accord bipartite subséquent. Comme l'examen prévu au nouvel accord relève des Lignes directrices fédérales, les recommandations issues de pareil examen n'ont aucun effet à l'égard d'une entreprise provinciale. Comme aucun permis ou autorisation fédéral n'est requis en l'espèce pour entreprendre le projet, celui-ci ne pourrait donc être retardé au cas où des répercussions néfastes se produiraient dans des domaines de compétence fédérale.

Il y a lieu à *mandamus* contre un employé de la Couronne en sa qualité officielle pour l'obliger à remplir une obligation envers le public, à condition que le requérant jouisse du droit légal d'en demander l'exécution, qu'il en ait demandé l'exécution et que cette demande ait été rejetée. Une personne exerçant des fonctions publiques est un employé de la Couronne, à moins qu'elle ne soit investie de pouvoirs discrétionnaires qu'elle puisse exercer de façon indépendante. L'administrateur n'est investi d'aucun pouvoir discrétionnaire, mais n'a que des obligations de faire. Les Cris ont, dans le cadre de la Convention BJNQ, le droit d'exiger que l'administrateur remplisse son obligation publique de procéder à une évaluation des répercussions sur l'environnement. Il y a eu demande et refus.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

An Act approving the Agreement concerning James Bay and Northern Québec, S.Q. 1976, c. 46, s. 2.

Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as amended by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 91(10),(12),(24),(29), 92(10), 92A (as enacted by the *Constitution Act, 1982*, R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44, s. 50).

Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35.

Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 33(2).

James Bay and Northern Quebec Native Claims Settlement Act, S.C. 1976-77, c. 32, s. 3(1),(2),(3).

g LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi approuvant la Convention de la Baie James et du Nord québécois, L.Q. 1976, chap. 46, art. 2.

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91(10),(12),(24),(29), 92(10), 92A (édicte par la *Loi constitutionnelle de 1982*, L.R.C. (1985), appendice II, n° 44, art. 50).

Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 35.

Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), chap. I-21, art. 33(2).

Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois, S.C. 1976-77, chap. 32, art. 3(1),(2),(3).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Calder et al. v. Attorney-General for British Columbia, [1973] S.C.R. 313; (1973), 34 D.L.R. (3d) 145; [1973] 4 W.W.R. 1; *Eastmain Band v. Gilpin*, [1987] 3 C.N.L.R. 54 (Que. Prov. Ct.); *Bender v. The King*, [1949] 2 D.L.R. 318 (Ex. Ct.).

DISTINGUISHED:

Can. Wildlife Fed. Inc. v. Can. (Min. of the Environment), [1990] 2 W.W.R. 69; (1989), 38 Admin. L.R. 138; 4 C.E.L.R. (N.S.) 1; 27 F.T.R. 159; 99 N.R. 72 (F.C.A.).

CONSIDERED:

Canoe Ontario v. Reed (1989), 69 O.R. (2d) 494; 6 R.P.R. (2d) 226 (H.C.); *P.E.I. Potato Marketing Board v. Willis*, [1952] 2 S.C.R. 392; [1952] 4 D.L.R. 146; *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335; (1984), 13 D.L.R. (4th) 321; [1984] 6 W.W.R. 481; 59 B.C.L.R. 301; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1; *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; (1987), 38 D.L.R. (4th) 321; [1987] 3 W.W.R. 1; 46 Man. R. (2d) 241; 25 Admin. L.R. 20; 87 CLC 14,015; 18 C.P.C. (2d) 273; 73 N.R. 341; *Karavos v. Toronto & Gillies*, [1948] 3 D.L.R. 294; [1948] O.W.N. 17 (Ont. C.A.); *O'Grady v. Whyte*, [1983] 1 F.C. 719; (1982), 138 D.L.R. (3d) 167; 42 N.R. 608 (C.A.).

REFERRED TO:

Whitbread v. Walley, [1990] 3 S.C.R. 1273; (1990), 77 D.L.R. (4th) 25; [1991] 2 W.W.R. 195; 52 B.C.L.R. (2d) 187; 120 N.R. 109; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; [1990] 4 W.W.R. 410; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; (1983), 144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] CTC 20; 83 DTC 5041; 46 N.R. 41.

AUTHORS CITED

de Smith, S.A. *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. by J. M. Evans, London: Stevens & Sons Ltd., 1980.

COUNSEL:

James A. O'Reilly, Kathleen Lawand, P. W. Hutchins and F. S. Gertler for applicants.
J. M. Aubry and R. Leblanc for respondent.
M. Yergeau, Georges Emery, Q.C., Sylvain Lussier and Line Lacasse for intervenor, Hydro-Québec.
Pierre Lachance, Alain Gingras and Christiane Cantin for intervenor, Procureur général du Québec.
John D. Hurley and Gérard Dugré for intervenor Makivik.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Calder et al. c. Procureur Général de la Colombie-Britannique, [1973] R.C.S. 313; (1973), 34 D.L.R. (3d) 145; [1973] 4 W.W.R. 1; *Bande d'Eastmain c. Gilpin*, [1987] R.J.Q. 1637 (C.S.P.); *Bender v. The King*, [1949] 2 D.L.R. 318 (C. de l'É.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement), [1990] 2 W.W.R. 69; (1989), 38 Admin. L.R. 138; 4 C.E.L.R. (N.S.) 1; 27 F.T.R. 159; 99 N.R. 72 (C.A.F.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Canoe Ontario v. Reed (1989), 69 O.R. (2d) 494; 6 R.P.R. (2d) 226 (H.C.); *P.E.I. Potato Marketing Board v. Willis*, [1952] 2 R.C.S. 392; [1952] 4 D.L.R. 146; *Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335; (1984), 13 D.L.R. (4th) 321; [1984] 6 W.W.R. 481; 59 B.C.L.R. 301; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1; *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; (1987), 38 D.L.R. (4th) 321; [1987] 3 W.W.R. 1; 46 Man. R. (2d) 241; 25 Admin. L.R. 20; 87 CLC 14,015; 18 C.P.C. (2d) 273; 73 N.R. 341; *Karavos v. Toronto & Gillies*, [1948] 3 D.L.R. 294; [1948] O.W.N. 17 (C.A. Ont.); *O'Grady c. Whyte*, [1983] 1 C.F. 719; (1982), 138 D.L.R. (3d) 167; 42 N.R. 608 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Whitbread c. Walley, [1990] 3 R.C.S. 1273; (1990), 77 D.L.R. (4th) 25; [1991] 2 W.W.R. 195; 52 B.C.L.R. (2d) 187; 120 N.R. 109; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; [1990] 4 W.W.R. 410; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; (1983), 144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] CTC 20; 83 DTC 5041; 46 N.R. 41.

DOCTRINE

de Smith, S.A. *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. by J. M. Evans, London: Stevens & Sons Ltd., 1980.

AVOCATS:

James A. O'Reilly, Kathleen Lawand, P. W. Hutchins et F. S. Gertler pour les requérants.
J. M. Aubry et R. Leblanc pour l'intimé.
M. Yergeau, Georges Emery, c.r., Sylvain Lussier et Line Lacasse pour l'intervenante Hydro-Québec.
Pierre Lachance, Alain Gingras et Christiane Cantin pour l'intervenant, le procureur général du Québec.
John D. Hurley et Gérard Dugré pour l'intervenante Makivik.

SOLICITORS:

O'Reilly, Mainville, Montréal, for applicants.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

Desjardins, Ducharme, Montréal for intervenor, Hydro-Québec.

Deputy Attorney General of Quebec for intervenor, Procureur général du Québec.

Byers, Casgrain, Montréal, for intervenor, Makivik.

The following are the reasons for order rendered in English by

ROULEAU J.: This motion on behalf of the applicants seeks to obtain an order of *mandamus*, or in the alternative, mandatory injunctive relief, ordering the respondent Raymond Robinson, in his capacity as federal Administrator, to comply with the federal environmental and social impact assessment and review procedures contemplated by sections 22 and 23 of the "James Bay and Northern Quebec Agreement" ("JBNQ Agreement") and the *James Bay and Northern Quebec Native Claims Settlement Act* ("JBNQ Act"), S.C. 1976-77, c. 32, concerned with the proposed Great Whale River Hydroelectric Project in Northern Quebec.

Subsequent to the commencement of this action, the respondent Raymond Robinson was replaced by one Michel Dorais; since he was sued in his official capacity, the parties agreed that my order may be directed to Michel Dorais.

The issue before the Court arises out of a dispute with respect to the JBNQ Agreement which was executed in 1975. The signatories are the Governments of Canada, the Province of Quebec, the James Bay Development Corporation, Hydro-Québec, the Grand Council of the Crees of Quebec and the Northern Quebec Inuit Association. The JBNQ Agreement was ratified and declared valid by both a federal as well as a provincial statute: the *James Bay and Northern Quebec Native Claims Settlement Act*, S.C. 1976-77, c. 32, subsection 3(1) and of *An Act approving the Agreement concerning James Bay and Northern Quebec*, S.Q. 1976, c. 46, section 2. As a result of this Agreement, the Cree and Inuit of Northern Quebec

PROCUREURS:

O'Reilly, Mainville, Montréal, pour les requérants.

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

Desjardins, Ducharme, Montréal, pour l'intervenante Hydro-Québec.

Le sous-procureur général du Québec pour l'intervenant, le procureur général du Québec.

Byers, Casgrain, Montréal, pour l'intervenante Makivik.

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

LE JUGE ROULEAU: Il y a en l'espèce requête, introduite par les requérants, en ordonnance de *mandamus* ou, subsidiairement, en injonction, pour ordonner à Raymond Robinson, en sa qualité d'administrateur fédéral, d'appliquer le processus fédéral d'évaluation et d'examen des répercussions sur l'environnement et le milieu social, que prévoient les chapitres 22 et 23 de la «Convention de la Baie James et du Nord québécois» (la «Convention BJNQ») et la *Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois* (la «Loi BJNQ»), S.C. 1976-77, chap. 32, en ce qui concerne le projet hydro-électrique de la rivière Grande Baleine, dans le Nord du Québec.

Après que cette action eut été intentée, l'intimé Raymond Robinson a été remplacé par le nommé Michel Dorais, mais puisqu'il avait été cité en sa qualité officielle, les parties conviennent que mon ordonnance peut s'adresser à Michel Dorais.

Le litige se rapporte à la Convention BJNQ, signée en 1975 par les gouvernements du Canada et de la province de Québec, la Société de développement de la Baie James, Hydro-Québec, le Grand Council of the Crees of Quebec et la Northern Quebec Inuit Association. Cette convention fut ratifiée et mise en vigueur par une loi fédérale et une loi provinciale: la *Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois*, S.C. 1976-77, chap. 32, paragraphe 3(1), et la *Loi approuvant la Convention de la Baie James et du Nord québécois*, L.Q. 1976, chap. 46, article 2. En application de cette convention, les Cris et les Inuit du Nord québécois ont abandonné et cédé certains de leurs droits

conceded and relinquished certain rights they had over the territory in exchange for specific guarantees and undertakings given by both the federal and provincial governments. The purpose was to plan and control future development of the Northern Quebec Region.

It should be pointed out that this matter first came before me in March, 1991, at which time the jurisdiction of this Court was challenged. On March 13, 1991, I determined the authority of this Court to hear the motion [[1991] 2 F.C. 422]; the Federal Court of Appeal upheld my decision [[1991] 3 F.C. 533]. In their decision the Court of Appeal determined [at pages 551-552] that since the Agreement had been ratified by statute, the contract derives "all of its legal force even as a contract from the laws which are to give it effect and validity. There is, moreover, no confusion of jurisdiction, since both Canada and Quebec are to legislate 'subject to . . . the legislative jurisdiction of Parliament and the National Assembly.' It matters not whether the validating legislation is a single act by each of Parliament and the National Assembly or a congeries of legislation."

The present debate, which lasted three days, from July 16 to July 19, was to determine, on the merits, the initial remedy sought. I am hereby reproducing portions of my reasons of March 13, 1991, for the purposes of clarity and to better situate the issues [at pages 425-427]:

In recent months, the government of Quebec along with the James Bay Corporation and Hydro-Québec have made public their intention to proceed with Phase II of the development called the Great Whale River Hydroelectric Project. It was recently disclosed that the corporation responsible for the development of the project called for tenders for the clearing for an access road as well as its construction. The Grand Council of the Cree became aware of this initiative and were pressing federal authorities to initiate environmental review procedures in the area before construction was to begin. Conscious of the imminent commencement of site preparation for the road, the Grand Council of the Cree instructed their lawyers to bring proceedings before this Court seeking *mandamus* or an injunction against the appointed federal administrator, Mr. Raymond Robinson [Mr. Michel Dorais]. Ultimately the relief requests that he conduct environmental and social impact assessment and review procedures pursuant to sections 22 and 23 of the Agreement.

territoriaux en échange de garanties et d'engagements spécifiques, donnés à la fois par le gouvernement fédéral et par le gouvernement provincial. Cet arrangement avait pour objet la planification et le contrôle de la mise en valeur future de la région du Nord québécois.

Il y a lieu de noter que lorsque cette affaire fut appelée pour la première fois en mars 1991, j'ai été saisi d'une exception d'incompétence. Le 13 mars 1991, j'ai conclu que la Cour avait compétence pour connaître de la requête [[1991] 2 C.F. 422], et ma décision a été confirmée par la Cour d'appel fédérale [[1991] 3 C.F. 533]. Par cette décision, la Cour d'appel conclut [à la page 552] que la convention ayant été mise en vigueur par une loi, elle tirait «son plein effet juridique même comme contrat des lois qui doivent lui donner force et validité. De plus, il n'y a aucune confusion de compétence, puisque tant le Canada que le Québec doivent légiférer "sous réserve . . . de la compétence législative du Parlement et de l'Assemblée nationale". Il importe peu que la loi portant validation soit une loi unique aussi bien du Parlement que de l'Assemblée nationale ou un ensemble de lois».

Les débats qui, en l'espèce, duraient trois jours, du 16 au 19 juillet, portaient sur le fond du chef de demande initial. Pour éclairer la question et mieux situer les points litigieux, je reproduis ci-dessous certains passages des motifs que j'ai prononcés le 13 mars 1991 [aux pages 425-427]:

Ces derniers mois, le gouvernement du Québec ainsi que la Société de développement de la Baie James et Hydro-Québec ont rendu publique leur intention de procéder à la phase II du développement appelé Projet hydroélectrique de la rivière Grande-Baleine. On a récemment révélé que la société responsable du développement du projet avait fait un appel d'offres en vue de l'ouverture et de la construction d'une route d'accès. Le Grand Council of the Crees, mis au courant de cette initiative, a pressé les autorités fédérales d'engager le processus d'examen en matière d'environnement dans la région avant le commencement de la construction. Conscient de l'imminence de la mise sur pied du chantier de construction de la route, le Grand Council of the Crees a donné à ses avocats l'instruction de saisir cette Cour d'une action en *mandamus* ou en injonction contre l'administrateur fédéral désigné, M. Raymond Robinson [M. Michel Dorais]. Finalement, il est demandé dans l'action qu'il entame des procédures d'évaluation et d'examen des répercussions sur l'environnement et sur le milieu social en vertu des articles 22 et 23 de la Convention.

In a letter dated October 3, 1989 and directed to the Minister of the Environment of the Province of Quebec, the federal minister, Lucien Bouchard, indicated that since the federal authorities had become aware of the development of the Great Whale River Hydroelectric Project, it was its view that an environmental assessment should be undertaken since the project involved matters of federal jurisdiction. He contended that sections 22 and 23 of the Agreement applied and he suggested a cooperative approach between both levels of government. The letter went on to indicate that federal officials would look forward to hearing from Hydro-Québec and hoped to receive from them an outline of the proposed project. He further suggested that taking into account the considerable magnitude of this project, it was extremely important that the environmental assessment be conducted as objectively and independently as possible.

On November 28, 1989, the federal Minister of the Environment once again wrote to the newly appointed Minister of the Environment of the Province of Quebec bringing to his attention the urgency of the environmental review and enclosed a copy of the letter previously forwarded to his predecessor. By a letter dated the 23rd of November, 1989, Mr. Raymond Robinson, the federal administrator, corresponded with the vice-president of environment of Hydro-Québec and reiterated that this project was subject to a federal environmental review procedure pursuant to sections 22 and 23 of the Agreement. He further requested a summary or outline of the project and confirmed that pursuant to his mandate, he had appointed a tribunal to initiate a study. He also confirmed that he considered these studies in light of recent decisions of the Federal Court of Canada and, more particularly, in light of the EARP Guidelines [*Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, SOR/84-467] which came into effect in June of 1984. He also suggests a cooperative study.

An extensive period of silence then prevails. On the 19th of November 1990, Mr. Robinson wrote to Michel Chevalier of Environment Canada, President of the evaluation committee responsible for the James Bay and Northern Quebec Development. He outlines the federal responsibility with respect to the Great Whale Project and the impact it may have in areas of federal jurisdiction, such as fisheries, migratory birds and the ecology of Hudson's Bay. He advises that the federal appointees are prepared to work in collaboration with their provincial counterparts and he is anxious that a joint agreement be ratified. Should Quebec fail to act, the federal government would be obliged to act unilaterally, he wrote. On November 23, 1989, Mr. Robinson again advises the vice-president of the environment for Hydro-Québec that this project is subject to federal evaluation pursuant to sections 22 and 23 of the Agreement and he seeks a cooperative effort.

At a meeting in November of 1990, Mr. Robinson changes his position and informs the Cree that he has no mandate to

Dans une lettre datée du 3 octobre 1989 et adressée au ministre de l'Environnement de la province de Québec, le ministre fédéral, Lucien Bouchard, a fait savoir que, puisque les autorités fédérales étaient au courant de la mise en œuvre du Projet hydro-électrique de la rivière Grande-Baleine, il était d'avis qu'une évaluation environnementale devrait être entreprise étant donné que le projet comportait des questions relevant de la compétence fédérale. D'après lui, les articles 22 et 23 de la Convention s'appliquaient, et il a proposé que les deux paliers de gouvernement coopèrent. La lettre ajoutait que les fonctionnaires fédéraux attendaient la réponse d'Hydro-Québec et espéraient recevoir de celle-ci une esquisse du projet envisagé. Toujours selon lui, compte tenu de l'ampleur de ce projet, il était extrêmement important de procéder à une évaluation environnementale d'une manière aussi objective et indépendante que possible.

Le 28 novembre 1989, le ministre fédéral de l'Environnement a encore une fois écrit au ministre de l'Environnement de la province de Québec, nouvellement nommé, pour porter à son attention l'urgence de l'examen environnemental, et il a joint à la lettre une copie de la lettre qu'il avait auparavant envoyée au prédécesseur du nouveau ministre. Par lettre en date du 23 novembre 1989, M. Raymond Robinson, l'administrateur fédéral, a écrit au vice-président de l'environnement d'Hydro-Québec pour réitérer le fait que ce projet était sujet à un processus d'examen environnemental en vertu des articles 22 et 23 de la Convention. Il a en outre demandé un résumé ou une esquisse du projet, et il a confirmé que, en vertu de son mandat, il avait nommé une commission pour entreprendre cette étude. Il a également confirmé que, selon lui, le gouvernement fédéral était tenu d'entreprendre ces études compte tenu des décisions récemment rendues par la Cour fédérale du Canada, et, plus particulièrement, à la lumière des Lignes directrices visant le PÉÉE [*Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*, DORS/84-467] qui sont entrées en vigueur en juin 1984. Il a également proposé une étude conjointe.

Un long silence a ensuite régné. Le 19 novembre 1990, M. Robinson a écrit à Michel Chevalier d'Environnement Canada, président du comité d'évaluation responsable du développement de la Baie James et du Nord québécois. Il a souligné la responsabilité fédérale relativement au projet Grande Baleine et ses incidences possibles sur des domaines de compétence fédérale, à savoir les pêcheries, les oiseaux migrateurs et l'écologie de la Baie d'Hudson. Il a ajouté que les personnes nommées par le gouvernement fédéral étaient disposées à collaborer avec leurs homologues provinciaux, et qu'il tenait à ce qu'une convention conjointe soit ratifiée. Au cas où le Québec n'agirait pas, le gouvernement fédéral serait tenu d'agir unilatéralement, a-t-il précisé. Le 23 novembre 1989, M. Robinson a informé de nouveau le vice-président de l'environnement d'Hydro-Québec que ce projet était assujéti à une évaluation environnementale en vertu des articles 22 et 23 de la Convention, et il a sollicité sa coopération à cet égard.

À une réunion tenue en novembre 1990, M. Robinson a modifié sa position et informe les Cris qu'il n'avait pas de

apply federal impact assessment review procedure under the Agreement.

As noted, Mr. Robinson abruptly reversed his previous position at a meeting in late November, 1990; he stated that he had received legal advice which prevented him from applying the federal review procedure under the JBNQ Agreement. As a result, these proceedings were initiated.

Counsel for the applicants referred me to an Agreement, entitled "Entente Fédérale-Provinciale—Évaluation Environnementale Conjointe-Complexe Grande Baleine", dated November 15, 1990 which was executed by the provincial and federal authorities on November 25, 1990 and February 12, 1991, respectively, to the exclusion of the aboriginal signatories. I will hereinafter refer to this document as the "Agreement of November 15, 1990". It was suggested that perhaps this new arrangement may have been persuasive in deterring Mr. Robinson from any further active participation.

Essentially, this most recent understanding outlined the terms of a new joint environmental assessment study similar to the one already contemplated by the JBNQ Agreement, but to be undertaken pursuant to the federal Environmental Assessment Review Process ("EARP") Guidelines. This new initiative, though similar procedurally to that agreed to in the JBNQ Agreement, was nevertheless concluded without the consent of all the initial signatories to the Agreement, primarily, the Grand Council of the Crees and the Northern Quebec Inuit Association. It directs that a joint environmental impact study would be conducted into all matters to which the JBNQ Agreement relates; the federal review would be submitted to the Quebec Administrator as appointed under the JBNQ Agreement, and it eliminates the participation of a separate federal Administrator. I note that the Agreement concludes that although the Quebec authorities have agreed that some type of cooperative initiative is required, they reserve the right to challenge the validity of any environmental assessment conducted pursuant to the EARP Guidelines.

The contentious issue concerns the alleged requirement under sections 22 and 23 of the JBNQ Agree-

mandat pour appliquer la procédure fédérale d'examen et d'évaluation des répercussions sous le régime de la Convention.

Ainsi donc, M. Robinson est revenu tout d'un coup sur sa position au cours d'une réunion tenue à la fin de novembre 1990, en expliquant qu'il avait reçu des consultations juridiques qui l'empêchaient d'appliquer le processus d'examen fédéral prévu à la Convention BJNQ. Par la suite, cette action a été intentée.

L'avocat des requérants a attiré mon attention sur un accord intitulé «Entente fédérale-provinciale—Évaluation environnementale conjointe—Complexe Grande Baleine», daté du 15 novembre 1990 et signé par les autorités provinciales et fédérales le 25 novembre 1990 et le 12 février 1991 respectivement, sans la participation des signataires autochtones. Il semble que ce soient ces nouvelles dispositions, prévues dans ce document appelé ci-après l'«Entente du 15 novembre 1990», qui ont persuadé M. Robinson qu'il fallait cesser toute participation active.

Essentiellement, ce dernier accord prévoyait les modalités d'une nouvelle évaluation environnementale conjointe semblable à celle que prévoit la Convention BJNQ, mais sous le régime des Lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement (les «Lignes directrices»). Cette nouvelle initiative, bien qu'elle soit, sur le plan procédural, semblable à celle que prévoit la Convention BJNQ, a été néanmoins conclue sans le consentement de tous les signataires de cette dernière, en particulier le Grand Council of the Crees et la Northern Quebec Inuit Association. Elle prévoit qu'une étude conjointe des répercussions environnementales serait entreprise pour toutes les matières relevant de la Convention BJNQ et que l'examen fédéral serait soumis à l'administrateur québécois nommé en application de cette dernière, éliminant ainsi la participation d'un administrateur fédéral distinct. Je note que selon la nouvelle Entente, les autorités québécoises, tout en admettant la nécessité d'une certaine étude conjointe, se réservaient le droit de contester la validité de toute évaluation environnementale effectuée sous le régime des Lignes directrices.

Le litige est centré sur le soi-disant impératif, prévu aux chapitres 22 et 23 de la Convention BJNQ,

ment of the active participation by two "Administrators" and two parallel impact reviews; one responsible for matters involving federal jurisdiction and the other concerned with issues relating to provincial authority. Section 22 of the Agreement is entitled "Environment and Future Development Below the 55th Parallel"; section 23 concerns "Environment and Future Development North of the 55th Parallel".

For purposes of clarity, I hereby reproduce paragraph 22.1.1 of the JBNQ Agreement, defining the Administrator for purposes of development south of the 55th parallel, and paragraphs 23.1.2 and 23.1.6 with respect to development north of the 55th parallel:

22.1.1 "Administrator" shall mean:

i) In the case of matters respecting provincial jurisdiction, the Director of the Environmental Protection Service or his successor, or any person or persons authorized from time to time by the Lieutenant-Governor in Council to exercise functions described in this Section.

ii) In the case of matters involving federal jurisdiction, any person or persons authorized from time to time by the Governor in Council to exercise functions described in this Section.

iii) In the case of proposed development in Category I, the Cree Local Government Administrator responsible for the protection of the environment.

23.1.2 In the case of matters respecting federal jurisdiction, "Administrator" or "Federal Administrator" means the Federal Minister of Environment or any other person or persons authorized from time to time by the Governor in Council to exercise functions described in this Section;

23.1.6 In the case of matters respecting provincial jurisdiction, "Administrator" or "Québec Administrator" means the director of the Québec Environmental Protection Service or his successor, or any person or persons authorized from time to time by the Lieutenant-Governor in Council to exercise functions described in this Section;

Following both paragraphs, schedules are appended.

Schedule 1 reads "Future Developments Automatically Subject to Assessment"; item 3 thereof is headed "Energy Production":

de la participation active de deux «administrateurs» et de deux examens parallèles des répercussions, l'un chargé des questions relevant de la compétence fédérale et l'autre des questions relevant de la compétence provinciale. Le chapitre 22 de la Convention est intitulé «L'environnement et le développement futur au sud du 55^e parallèle», et le chapitre 23, «L'environnement et le développement futur au nord du 55^e parallèle».

Pour mieux éclairer le contexte, je reproduis ci-dessous l'alinéa 22.1.1 de la Convention BJNQ, qui définit le terme «administrateur» tel qu'il s'applique au développement au sud du 55^e parallèle, et les alinéas 23.1.2 et 23.1.6 qui définissent le même terme à l'égard du développement au nord du 55^e parallèle:

22.1.1 [Aux fins des présentes, on entend par] «administrateur»,

i) le directeur des services de protection de l'environnement ou son successeur ou toute(s) personne(s) autorisée(s) en tout temps par le lieutenant-gouverneur en conseil à exercer les fonctions décrites dans le présent chapitre, en matière de compétence provinciale,

ii) toute(s) personne(s) autorisée(s) en tout temps par le lieutenant [sic] gouverneur en conseil à exercer les fonctions décrites dans le présent chapitre, en matière de compétence fédérale,

iii) l'administrateur de l'Administration locale crie chargée de la protection de l'environnement, dans le cas des projets de développement dans les terres de la catégorie I.

23.1.2 [Aux fins des présentes, on entend par] «administrateur» ou «administrateur fédéral», le ministre fédéral de l'Environnement ou toute(s) autre(s) personne(s) autorisée(s) en tout temps par le lieutenant [sic] gouverneur en conseil à exercer les fonctions décrites dans le présent chapitre, en matière de compétence fédérale;

23.1.6 [Aux fins des présentes, on entend par] «administrateur» ou «administrateur du Québec», le directeur des services de protection de l'environnement ou son successeur ou toute(s) autre(s) personne(s) autorisée(s) en tout temps par le lieutenant-gouverneur à exercer les fonctions décrites dans le présent chapitre, en matière de compétence provinciale;

Chacun des deux alinéas ci-dessus est suivi d'annexes.

L'annexe 1 énumère les «Développements futurs automatiquement soumis au processus d'évaluation», dont ce qui suit en son article 3 intitulé «Production d'énergie»:

(a) Hydroelectric power plants and their associated works

(b) Storage and water supply reservoirs

(c) Transmission lines of 75 kilovolts and above

(d) Extraction and processing of energy yielding materials

(e) Fossil-fuel fired power generating plants above three thousand (3,000) kilowatts.

It is clear that the Great Whale Project, a hydroelectric power plant and associated works, is therefore subject to the environmental and social impact assessment and review procedures outlined in the Agreement.

Schedule 2, which is of no concern at this time, refers to "Future Development Exempt from the Requirement for Impact Assessment" and Schedule 3 refers to "Contents of an Environmental and Social Impact Statement".

Within Schedule 3 it is declared that the objective of the Environmental and Social Impact Statement is to identify and assess clearly and in as factual a manner as possible the environmental and social impact induced by the project, especially concerning the Cree populations potentially affected. It goes on to indicate that the impact statement is to ensure that environmental and social considerations form an integral part of a decision-making process; that alternatives to any proposed action will be evaluated with a view to minimize within reason impact on native people and wildlife resources; that measures will be incorporated in proposed development so as to minimize within reason expected negative impacts. Finally, it states, at page 332:

In general, the impact assessment procedure should contribute to a further understanding of the interactions between Native People, the harvesting of wild life resources and the economic development of the Territory, and also to promote understanding of ecological processes. The impact statement is expected to be short and concise and contain an adequate guide to the contents and to the conclusions of the study, and it should also

(a) Centrales hydro-électriques et ouvrages connexes

(b) Réservoirs d'emmagasinage et bassins de retenue d'eau

(c) Lignes de transport à 75kV et plus

(d) Extraction et traitement de matières productrices d'énergie

(e) Centrales thermiques alimentées en combustibles fossiles, d'une capacité de trois mille (3 000) kW.

Il est évident que le projet de la Grande Baleine, qui comprend une centrale hydro-électrique et des ouvrages connexes, est de ce fait soumis au processus d'évaluation et d'examen des répercussions sur l'environnement et le milieu social, que prévoit la Convention.

L'annexe 2, qui ne nous intéresse pas en cet état de la cause, énumère les «Développements futurs soustraits au processus d'évaluation», et l'annexe 3 prévoit le «Contenu d'un rapport des répercussions sur l'environnement et le milieu social».

Aux termes de cette annexe 3, le rapport des répercussions devrait indiquer et évaluer clairement et aussi concrètement que possible les répercussions sur l'environnement et le milieu social découlant du projet et, plus particulièrement, les répercussions sur les populations crie pouvant être touchées. Elle prévoit en outre que ce rapport a pour objet de garantir que les considérations sur l'environnement et le milieu social font partie intégrante du processus conceptuel et décisionnel du promoteur, que les solutions de rechange du projet de développement seront évaluées dans le but de réduire dans la mesure du raisonnable les répercussions de ce dernier sur les autochtones et les ressources fauniques, et que des mesures seront incorporées au projet de développement de façon à réduire dans la mesure du raisonnable les répercussions indésirables prévues. Enfin, elle prévoit ce qui suit en page 348:

De façon générale, la procédure d'évaluation des répercussions devrait contribuer à apporter une plus grande compréhension des interactions entre les autochtones, l'exploitation des ressources fauniques et le développement économique du Territoire, et aussi à promouvoir la compréhension des processus écologiques. Le rapport des répercussions doit être bref et concis, et contenir une table des matières du contenu et des con-

contain a clear summary containing the essential arguments and findings of the proponent. The statement may be in French or in English at the option of the proponent.

A reading of sections 22 and 23 of the Agreement appears to suggest that both a provincial as well as a federal Administrator are to be appointed for the purposes of supervising the environmental impact of any future development and to see to the protection of areas of their respective jurisdictions; federal responsibility including, of course, the Indian and Inuit people of the region. The Agreement specifically indicates that the federal Administrator is to set up evaluating committees to determine if the development is to have any significant impact on the Indian and Inuit people or the wildlife resources of the territory. He is under no obligation to proceed with an assessment in the event that the development contemplates no significant impact. I doubt that anyone can suggest that Phase II of the James Bay Hydroelectric Development Project will not affect both the social and economic future of the native peoples and will certainly interfere with wildlife and its habitat, resulting in drastic changes to the traditional way of life.

clusions de l'étude ainsi qu'un résumé précis contenant les raisons essentielles invoquées par le promoteur et ses conclusions. Celui-ci présente son rapport en français ou en anglais à son gré.

Les chapitres 22 et 23 de la Convention portent à conclure qu'un administrateur provincial et un administrateur fédéral doivent être nommés pour contrôler les répercussions environnementales de tout développement futur et veiller à la protection de domaines relevant de leur compétence respective, la compétence fédérale embrassant, bien entendu, la population autochtone de la région. La Convention prévoit expressément que l'administrateur fédéral doit constituer des comités d'évaluation pour vérifier si le projet peut avoir des répercussions appréciables sur les peuples autochtones ou sur les ressources fauniques de la région. Il n'est pas tenu d'entreprendre l'évaluation si le projet ne comporte aucune répercussion appréciable. Je doute que quiconque puisse dire que la phase II du projet hydro-électrique de la Baie James n'affectera pas l'avenir social et économique de la population autochtone locale; il affectera certainement la faune et son habitat, ce qui se traduira par des changements profonds dans le mode de vie traditionnel.

Respondent's and intervenors' position

It is the respondent's and intervenors'¹ position that the JBNQ Agreement does not require that an impact assessment be performed by both the federal and provincial authorities; that since the project is exclusively within provincial jurisdiction, by virtue of subsection 92(10) (local works and undertakings), and section 92A [as enacted by the *Constitution Act, 1982*, R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44, s. 50] (hydroelectric development) of the *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [(as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]], only a review by the provincial Administrator is necessary. They further submit that any incidental incursions in areas of federal interest may be properly included in the provincial study; that the JBNQ Agreement does not require the federal authorities to conduct an independent and separate environmental study even though the parties agree that the

La thèse de l'intimé et des intervenants

L'intimé et les intervenants¹ soutiennent que la Convention BJNQ n'impose pas une évaluation environnementale de la part des autorités fédérales et des autorités provinciales à la fois, que le projet en cause étant exclusivement une matière de compétence provinciale par application du paragraphe 92(10) (travaux et entreprises d'une nature locale) et de l'article 92A [édicte par la *Loi constitutionnelle de 1982*, L.R.C. (1985), appendice II, n° 44, art. 50] de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) [(mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]], seul l'examen par l'administrateur provincial est nécessaire. Ils soutiennent encore que toute question incidente d'intérêt fédéral pourrait être proprement incluse dans l'étude provinciale, que la Convention BJNQ ne fait pas aux autorités fédérales obligation d'entreprendre une étude environnementale distincte

¹ Save and except the Makivik Corporation who support the applicants' position.

¹ À l'exception de la Makivik Corporation qui prend fait et cause pour les requérants.

project involves matters of federal jurisdiction such as Indians and Indian lands, fish and navigable waters, marine mammals and migratory birds, under subsections 91(10),(12),(24) and (29) of the *Constitution Act, 1867*.

They argued that the Great Whale Project, being the construction and operation of a hydroelectric plant, is exclusively within the provincial domain, by virtue of subsection 92(10) and section 92A of the *Constitution Act, 1867*. Accordingly, counsel submit that any undertaking or project must be either federal or provincial, not both; that this project is provincial and therefore a review carried out exclusively by the provincial "Administrator" is adequate; further, that the JBNQ Agreement contemplates, by implication, clothing the provincial Administrator with power to examine environmental repercussions in areas of federal interest since they are merely incidental to what is essentially a provincial project.

It was finally argued that the federal Administrator does not have a duty to act in this case, since the active participation of the federal Administrator can only arise when the proponent of the development submits a project description to him pursuant to paragraph 22.5.1 or 22.5.11; or upon receipt of a recommendation from the Evaluating Committee or the Screening Committee pursuant to paragraph 22.5.5 or paragraph 23.4.9 respectively. As the Great Whale Project has not been submitted to the federal Administrator, it is said that the federal Administrator has no duty to act.

Applicants' position

Counsel for the applicants argues that the Great Whale Project involves matters of both federal and provincial jurisdiction; accordingly, it is their position that sections 22 and 23 of the JBNQ Agreement provide for parallel review procedures, to be carried out concurrently by the federal and provincial review bodies. He further submits that *mandamus* is an appropriate remedy, on the basis that the federal Administrator has a non-discretionary public duty to carry out the required review procedures; further, that

bien que les parties conviennent que le projet embrasse des domaines de compétence fédérale comme les Indiens et les terres indiennes, les pêcheries et les eaux navigables, les mammifères marins et les oiseaux migrateurs, autant de matières visées par les paragraphes 91(10),(12),(24) et (29) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

À leur avis, le projet de la Grande Baleine, consistant en la construction et l'exploitation d'une centrale hydro-électrique, relève exclusivement de la compétence provinciale par application du paragraphe 92(10) et de l'article 92A de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Leurs avocats font valoir en conséquence que tout projet ou entreprise doit être soit fédéral soit provincial, mais ne peut être les deux à la fois, que le projet en cause étant provincial ne requiert qu'un examen effectué par l'«administrateur» provincial seul, et enfin que la Convention BJNQ investit implicitement l'administrateur provincial du pouvoir d'examiner les répercussions environnementales dans des domaines d'intérêt fédéral, lesquels ne sont qu'incidents dans une entreprise essentiellement provinciale.

Ils soutiennent enfin que l'administrateur fédéral n'est pas tenu à l'obligation d'agir en l'espèce, puisqu'il n'y a participation active de sa part que si le promoteur lui soumet une description du projet conformément aux alinéas 22.5.1 ou 22.5.11, ou que s'il reçoit une recommandation du comité d'évaluation ou du comité de sélection, conformément à l'alinéa 22.5.5 ou à l'alinéa 23.4.9 respectivement. Le projet de la Grande Baleine n'ayant pas été soumis à l'administrateur fédéral, celui-ci n'est donc pas tenu d'agir en la matière.

La thèse des requérants

L'avocat des requérants soutient que le projet de la Grande Baleine touche à la fois des domaines de compétence fédérale et des domaines de compétence provinciale, et qu'à cet égard, les chapitres 22 et 23 de la Convention BJNQ prévoient des processus d'examen parallèles, à entreprendre simultanément par les organismes d'examen fédéral et provincial. Il fait valoir par ailleurs qu'une ordonnance de *mandamus* constituerait le redressement indiqué, par ce motif que l'administrateur fédéral est tenu à l'obliga-

the review procedures contained in sections 22 and 23 of the JBNQ Agreement are "statutory rights, privileges or benefits" to which the Crees are entitled by virtue of subsection 3(2) of the JBNQ Act, and by virtue of section 35 of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].

Public duty

The question of whether there is a public duty on the federal Administrator to perform an independent assessment and review in accordance with the JBNQ Agreement is the primary question in dispute between the parties.

Paragraphs 22.5.15 and 23.4.9 of the JBNQ Agreement impose a mandatory duty on the federal Administrator to decide whether or not an environmental and social impact assessment and review is required, as well as to determine the nature and extent of any such assessment and review:

22.5.15 The Administrator shall, consistent with the provisions of the Agreement, and in particular this Section, and after considering among other possible factors the said recommendations, decide as the case may be, whether or not assessment and review shall be required and/or the nature and extent of such assessment and review and shall act in the manner stipulated in paragraphs 22.5.4 or 22.5.5 as the case may be. In the event that the Administrator cannot accept the recommendations of the Evaluating Committee or wishes to modify such recommendations he shall, before deciding, consult with the Evaluating Committee so as to explain his position and discuss same before formally informing the proponent or taking action thereon.

23.4.9 The Federal Administrator shall, consistent with the provisions of this Section, and after considering among other possible factors the said recommendations, decide as the case may be, whether or not an assessment and review shall be required and/or the nature and extent of such assessment and review. In the event that the Federal Administrator cannot accept the recommendations of the Screening Committee or wishes to modify such recommendations he shall, before deciding, consult with the Screening Committee so as to explain his position and discuss same before formally informing the proponent or taking action thereon. [Emphasis added.]

tion publique impérative d'entreprendre l'examen requis, et que le processus d'examen prévu aux chapitres 22 et 23 de la Convention BJNQ fait partie des «droits, privilèges et avantages légaux» qui reviennent aux Cris par application du paragraphe 3(2) de la *Loi BJNQ* et de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].

Obligation publique

Le principal point litigieux entre les parties porte sur la question de savoir si l'administrateur fédéral est tenu à l'obligation publique d'entreprendre l'évaluation et l'examen impartiaux en application de la Convention BJNQ.

Les alinéas 22.5.15 et 23.4.9 de la Convention BJNQ font à l'administrateur fédéral obligation impérative de décider s'il faut procéder à l'évaluation et à l'examen des répercussions sur l'environnement et le milieu social, et de se prononcer sur la nature et l'envergure du processus d'évaluation et d'examen:

22.5.15 Conformément aux dispositions de la Convention, et plus particulièrement du présent chapitre, et après avoir considéré entre autres facteurs possibles lesdites recommandations, l'administrateur décide selon le cas, s'il faut procéder à l'évaluation et à l'examen. Le cas échéant, l'administrateur donne des instructions ou fait des recommandations sur la nature et l'envergure de cette évaluation et de cet examen, ou des deux (2), et agit conformément aux alinéas 22.5.4 ou 22.5.5, selon le cas. Si l'administrateur ne peut accepter les recommandations du comité d'évaluation ou s'il désire les modifier, il consulte le comité d'évaluation, avant de prendre une décision pour expliquer sa position et pour en discuter avant d'informer officiellement le promoteur ou avant d'agir.

23.4.9 L'administrateur fédéral, conformément aux dispositions du présent chapitre et après avoir pris en considération, entre autres facteurs possibles, lesdites recommandations, décide selon le cas qu'une évaluation et un examen sont requis et/ou établit la nature et la portée desdits évaluation et examen. Si l'administrateur fédéral ne peut accepter les recommandations du Comité de sélection ou s'il désire modifier ces recommandations, il consulte le Comité de sélection avant de prendre une décision, afin d'expliquer la position qu'il prend et d'en discuter, avant d'en aviser le promoteur ou de prendre des mesures dans ce sens. [Mots non soulignés dans l'original.]

Paragraphs 22.6.15 and 23.4.23 assign to the federal Administrator the obligation to either advise the proponent (developer) respecting the alternatives submitted or to decide, based on the environmental and social impact considerations, whether or not a proposed development should proceed:

22.6.15 The Administrator, consistent with the provisions of the Agreement, and in particular this Section, and after considering among other possible factors the recommendations of the Review Committee or the Review Panel shall:

- a) In the case of an impact statement at a preliminary stage prepared pursuant to paragraph 22.5.15 or in the case of an inadequate statement, advise the proponent respecting the alternatives submitted or, further assessment required, or
- b) In the case of an impact statement submitted at a stage where a final decision may be made, decide whether or not on the basis of the environmental and social impact considerations the development should proceed and if so upon what terms and conditions, including if appropriate, preventive or remedial measures.

23.4.23 The Federal Administrator, consistent with the provisions of this Section and after considering among other possible factors the recommendations of the Review Panel shall:

- a) In the case of an impact statement at a preliminary stage prepared pursuant to this Section or in the case of an inadequate statement, advise the proponent respecting the alternatives submitted or, further assessment required or,
- b) In the case of an impact statement submitted at a stage where a final decision may be made, decide whether or not, on the basis of the environmental and social impact considerations, the development should proceed and if so, upon what terms and conditions, including if appropriate, preventive or remedial measures. [Emphasis added.]

Despite the *prima facie* mandatory nature of the duty imposed on the federal Administrator under the preceding sections of the Agreement, the respondent was adamant that the Agreement nevertheless contemplated only one review procedure; it was argued that a provincial review would adequately cover all aspects of the requisite assessment; no federal review was therefore necessary.

Les alinéas 22.6.15 et 23.4.23 font à l'administrateur fédéral obligation soit de donner au promoteur son avis sur les solutions de rechange présentées soit de décider, compte tenu des considérations concernant les répercussions sur l'environnement et le milieu social, si le développement doit être autorisé:

22.6.15 L'administrateur doit, en conformité avec les dispositions de la Convention et, en particulier, du présent chapitre, et après avoir considéré entre autres facteurs possibles les recommandations du comité provincial d'examen ou du comité fédéral d'examen:

- a) dans le cas d'un rapport des répercussions présenté à un stade préliminaire et préparé conformément aux dispositions de l'alinéa 22.5.15 ou dans le cas d'un rapport insuffisant, donner au promoteur son avis au sujet des solutions de rechange présentées ou de l'évaluation supplémentaire requise, ou
- b) dans le cas d'un rapport présenté à un stade où une décision finale peut être prise, décider si le développement doit être autorisé, compte tenu des considérations concernant les répercussions sur l'environnement et le milieu social et, le cas échéant, à quelles conditions, et préciser au besoin les mesures de prévention ou de correction.

23.4.23 L'administrateur fédéral, respectant les dispositions du présent chapitre et après avoir pris en considération, entre autres, les recommandations du Comité d'examen, doit:

- a) dans le cas d'un rapport préliminaire d'évaluation des répercussions, préparé en conformité avec le présent chapitre ou, dans le cas d'un rapport incomplet, donner son avis au promoteur au sujet des options présentées ou de la nécessité d'une autre évaluation, ou
- b) dans le cas d'un rapport d'évaluation des répercussions présenté à un stade où une décision finale peut être prise, décider si oui ou non, en se fondant sur les facteurs reliés à l'environnement et au milieu social, le développement doit être autorisé et, dans ce cas, à quelles conditions, précisant, s'il y a lieu, des mesures de prévention ou de correction. [Mots non soulignés dans l'original.]

Malgré la nature présumée impérative de l'obligation qu'imposent à l'administrateur fédéral les dispositions ci-dessus de la Convention, l'intimé persiste à soutenir que celle-ci ne prévoit qu'un seul processus d'examen, qu'un examen provincial satisfait pleinement à tous les impératifs d'évaluation et qu'en conséquence, l'examen fédéral n'est pas nécessaire.

I would note, however, that paragraph 22.6.4 of the JBNQ Agreement mandates the establishment of a Federal Review Panel:

22.6.4 There is established an Environmental and Social Impact Review Panel (hereinafter referred to as "the Review Panel"), a Federal panel, which shall be the review body respecting development projects in the Territory involving Federal jurisdiction.

A Provincial Review Committee is established pursuant to paragraph 22.6.1:

22.6.1 An Environmental and Social Impact Review Committee (hereinafter referred to as "the Review Committee") is established which shall be the review body respecting development projects in the Territory involving provincial jurisdiction.

In submitting that the Agreement nevertheless contemplates only one review process, the respondent pointed to paragraph 22.6.10, which refers to "the Administrator" in the singular, as an indication that only one Administrator is entitled to deal with a given project. Paragraph 22.6.10 reads:

22.6.10 The proponent shall submit the impact statement of the proponent to the Administrator, who shall forthwith transmit it to the Review Committee or the Review Panel.

However, subsection 33(2) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, specifies that all words in the singular are taken to include the plural; as well, there is nothing in the wording of this section which can be read to specifically exclude one or the other of the review processes. In my view, express language would be necessary to exclude the requirement of a separate, federal review process specifically provided for in the rest of the Agreement.

In further support of his position, the respondent pointed out that the contents of an Environmental and Social Impact Statement, outlined in Schedule 3 to sections 22 and 23, are identical for both federal and provincial reviews; that in view of this, it would be redundant to have review by both federal and provincial bodies.

Again, I do not find this argument persuasive. The fact that the items required to be included in a review by both the federal and provincial authorities are

Je note cependant que l'alinéa 22.6.4 de la Convention BJNQ institue un comité fédéral d'examen:

22.6.4 Il est institué un comité fédéral d'examen des répercussions sur l'environnement et le milieu social (ci-après désigné par les termes «comité fédéral d'examen»). Il constitue l'organisme d'examen en ce qui a trait aux projets de développement qui relèvent de la compétence fédérale dans le Territoire.

Un comité provincial d'examen est créé par l'alinéa 22.6.1:

22.6.1 Il est créé un comité provincial d'examen des répercussions sur l'environnement et le milieu social (ci-après désigné par les termes «comité provincial d'examen»). Il constitue l'organisme d'examen en ce qui a trait aux projets de développement de compétence provinciale dans le Territoire.

En soutenant que la Convention n'envisage quand même qu'un seul processus d'examen, l'intimé cite l'alinéa 22.6.10 où l'emploi au singulier du terme «administrateur» signifie à son avis qu'un seul administrateur est habilité à s'occuper d'un projet donné. Voici ce que prévoit cet alinéa 22.6.10:

22.6.10 Le promoteur soumet son rapport des répercussions à l'administrateur qui le transmet sans délai au comité provincial d'examen ou au comité fédéral d'examen.

Cependant, le paragraphe 33(2) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), chap. I-21, prévoit que le pluriel ou le singulier s'appliquent, le cas échéant, à l'unité et à la pluralité; par ailleurs, rien dans le libellé de l'alinéa ci-dessus ne permet de l'interpréter comme excluant expressément l'un ou l'autre des deux processus d'examen prévus. À mon avis, seule une disposition expresse permettrait de dispenser d'un processus d'examen fédéral distinct et impartial, expressément prévu autre part dans la Convention.

Toujours à l'appui de sa thèse, l'intimé fait valoir que le contenu du rapport des répercussions sur l'environnement et le milieu social, prévu à l'annexe 3 des deux chapitres 22 et 23, est le même pour l'examen fédéral que pour l'examen provincial, et que, de ce fait, il serait redondant d'avoir à la fois un examen fédéral et un examen provincial.

Cet argument n'est pas convaincant non plus. Le fait que les matières à évaluer par les autorités fédérales et provinciales soient les mêmes ne signifie pas

identical does not lead to a conclusion that the focus of a federal and provincial review would be the same.

In my opinion, paragraph 22.6.7 is key to the determination of this matter. It reads as follows:

22.6.7 The Federal Government, the Provincial Government and the Cree Regional Authority may by mutual agreement combine the two (2) impact review bodies provided for in this Section and in particular paragraphs 22.6.1 and 22.6.4 provided that such combination shall be without prejudice to the rights and guarantees in favour of the Crees established by and in accordance with this Section.

Notwithstanding the above, a project shall not be submitted to more than one (1) impact assessment and review procedure unless such project falls within the jurisdiction of both Québec and Canada or unless such project is located in part in the Territory and in part elsewhere where an impact review process is required. [Emphasis added.]

Under the first portion of this paragraph, the Federal Government, the Provincial Government and the Cree Regional Authority may agree to combine the federal and provincial impact review authorities but all three parties must agree, and the combined review must be without prejudice to the Crees. It is obvious from this provision that the Crees did not take part in the Agreement envisaging only one review; two separate review processes are distinctly contemplated. Furthermore, the November 15, 1990 Agreement cannot be said to meet the criteria for a combined review as set out in paragraph 22.6.7, *supra*: not only was the Cree Regional Authority not involved in this Agreement, but it is also abundantly clear from these proceedings that the Crees consider that this bipartite Agreement has caused, or will cause prejudice to them.

The second portion of paragraph 22.6.7 is even more significant. This paragraph clearly contemplates that a project may in fact fall "within the jurisdictions of both Quebec and Canada". The word "unless" reveals that, if such is the case, an exception will be made to the general rule against more than one impact assessment and review procedure. The logical conclusion is that, where a project falls within the jurisdictions of both Quebec and Canada, it will be submitted to more than one impact assessment and

que le point focal de l'examen fédéral et de l'examen provincial serait le même.

À mon avis, l'alinéa 22.6.7 nous offre la solution de cette question. Le voici:

22.6.7 Le Canada, le Québec et l'Administration régionale crie peuvent, de consentement mutuel, fusionner les deux comités d'examen prévus au présent chapitre, et plus particulièrement aux alinéas 22.6.1 et 22.6.4, pourvu que cette fusion ne porte pas atteinte aux droits et aux garanties établis en faveur des Cris par le présent chapitre.

Nonobstant les dispositions précédentes, un projet ne peut être soumis à plus d'un processus d'évaluation et d'examen des répercussions à moins que ledit projet relève à la fois de la compétence du Canada et du Québec ou à moins que le projet se trouve en partie dans le Territoire et en partie ailleurs où un processus d'évaluation et d'examen des répercussions est requis. [Passages non soulignés dans l'original.]

Aux termes du premier paragraphe de cet alinéa, le gouvernement fédéral, le gouvernement provincial et l'Administration régionale crie peuvent convenir de fusionner les comités fédéral et provincial d'examen des répercussions, mais à condition qu'il y ait consentement unanime et que la fusion ne se fasse pas au détriment des Cris. Il ressort de cette disposition que ces derniers ne participaient pas à la Convention en vue d'un seul processus d'examen; deux processus d'examen séparés étaient clairement envisagés. Qui plus est, on ne saurait dire que l'Entente du 15 novembre 1990 satisfait aux critères du fusionnement des comités d'examen prévu à l'alinéa 22.6.7 précité: non seulement l'Administration régionale crie n'y participait pas, mais la cause en instance signifie clairement qu'aux yeux des Cris, cet accord bipartite leur a causé ou causera du tort.

Le second paragraphe de l'alinéa 22.6.7 est encore plus significatif. Cet alinéa prévoit clairement qu'un projet peut relever «à la fois de la compétence du Canada et du Québec». La locution conjonctive «à moins que» signifie que, si tel est le cas, il y aura exception à la règle générale du processus unique d'évaluation et d'examen. La conclusion logique qui en découle est que, si le projet relève à la fois de la compétence du Québec et du Canada, il sera soumis à plus d'un processus d'évaluation et d'examen, c'est-

review procedure, i.e.: both a federal and a provincial review.

It is accepted that the Great Whale Project in fact falls within the jurisdiction of both the federal and Quebec governments. The respondent has admitted that the project has an effect on matters of federal legislative competence, which may include migratory birds, fisheries, marine mammals, Indians and Indian lands, and navigable waters.² Furthermore, both sides agree that matters of provincial competence are also involved: "local works and undertakings" and hydro-electric developments under subsection 92(10) and section 92A of the *Constitution Act, 1867*, respectively. Thus, in the case at bar, paragraph 22.6.7 prescribes the application of both a federal and a provincial review procedure as described in section 22.

In section 23, concerning developments north of the 55th parallel, the intent to create two separate review bodies, one federal and one provincial, is even more apparent. The federal and provincial review processes are described in separate subsections: subsection 23.4 is devoted to "Federal Environmental and Social Impact Assessment and Review", and subsection 23.3 is entitled "Provincial Environmental and Social Impact Assessment and Review". Paragraphs 23.4.1 and 23.3.2 are reproduced below:

23.4.1 All developments or development projects in the Region, subject to federal jurisdiction, including those of Canada, its agencies and those acting on their behalf, shall be subject to the federal impact assess-

² The intervenor Hydro-Québec argued that it has not yet been established that navigable waters will be affected by the project. According to Hydro-Québec, a waterway is only "navigable" in the sense of s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867* if it is used for commercial navigation. However, more recent cases would suggest a broader interpretation of s. 91(10) (e.g. *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273). For example, in *Canoe Ontario v. Reed* (1989), 69 O.R. (2d) 494 (H.C.) Doherty J. held that a river used as a social and communication link between communities was a navigable river. In any event, I accept the argument of counsel for the applicant that the Cree have used the waterways in question for the commercial purpose of reaching their traplines, which is their livelihood.

à-dire à la fois à l'examen fédéral et à l'examen provincial.

Il est constant que le projet de la Grande Baleine relève à la fois de la compétence du gouvernement fédéral et du gouvernement du Québec. L'intimé a reconnu que ce projet touchait aux matières relevant de la compétence législative fédérale, qui peuvent comprendre les oiseaux migrateurs, les pêcheries, les mammifères marins, les Indiens et les terres indiennes, et les eaux navigables². Qui plus est, les deux côtés conviennent que des matières de compétence provinciale sont également en jeu: «travaux et entreprises d'une nature locale» et développements hydro-électriques visés respectivement par le paragraphe 92(10) et l'article 92A de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il s'ensuit qu'en l'espèce, l'alinéa 22.6.7 prescrit l'application des deux processus d'examen fédéral et provincial, que prévoit le chapitre 22.

Au chapitre 23 qui porte sur les développements au nord du 55^e parallèle, la volonté de créer deux organismes d'examen distincts, l'un fédéral et l'autre provincial, est plus manifeste encore. Les processus d'examen fédéral et provincial sont respectivement prévus par deux paragraphes distincts: le paragraphe 23.4 est consacré au «Processus fédéral d'évaluation et d'examen des répercussions sur l'environnement et le milieu social», et le paragraphe 23.3 au «Processus provincial d'évaluation et d'examen des répercussions sur l'environnement et le milieu social». Les alinéas 23.4.1 et 23.3.2 sont reproduits ci-dessous:

23.4.1 Tous les développements ou projets de développement dans la Région, qui relèvent de la compétence fédérale, y compris les développements ou projets de développement mis en œuvre par le Canada, ses organismes ou

² L'intervenante Hydro-Québec soutient que la preuve n'est pas faite que des eaux navigables seraient touchées par le projet. À son avis, un cours d'eau n'est «navigable» au sens de l'art. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867* que s'il sert à la navigation commerciale. Cependant, des décisions récentes font conclure à une interprétation plus large de cet art. (cf. *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273). Par exemple, dans *Canoe Ontario v. Reed* (1989), 69 O.R. (2d) 494 (H.C.), le juge Doherty a jugé qu'une rivière servant de lien social et de voie de communication communautaires était un cours d'eau navigable. Quoi qu'il en soit, j'accueille l'argument des requérants selon lequel les Cris ont utilisé les cours d'eau en question dans le but commercial de relever leurs pièges, qui constituent leur moyen d'existence.

ment process in accordance with the provisions of this Sub-Section except when, in the opinion of the Federal Administrator, the same assessment process provides for Native involvement to at least the degree provided in this Section, or when the provisions of paragraph 23.7.5 are applied.

23.3.2 The EQC shall be the preferential and official body responsible as provided herein for participation in the administration and supervision of the environmental and social impact assessment process in the Region with respect to matters and to development projects within provincial jurisdiction.

Paragraphs 23.7.5 and 23.7.6 contain almost the identical provisions as set out in paragraph 22.6.7 described above:

23.7.5 Canada and Québec may by mutual agreement combine the two (2) impact reviews by the EQC and the Federal Review Panel referred to in this Section provided that such combination shall be without prejudice to the rights and guarantees in favour of the Inuit and other inhabitants of the Region established and in accordance with the provisions of this Section.

23.7.6 Notwithstanding the above paragraph, a project shall not be submitted to more than one (1) impact assessment and review procedure unless such project falls within the jurisdictions of both Québec and Canada or unless such project is located in part in the Region and in part elsewhere where an impact review process is required.

For the same reasons discussed in respect of paragraph 22.6.7, the federal/provincial Agreement of November 15, 1990, does not meet the requirements of a joint review as specified in paragraph 23.7.5. These provisions unquestionably anticipate two separate reviews, one federal and one provincial, where a project falls within the jurisdictions of both Québec and Canada.

The respondent also raised the entirely spurious argument that the federal Administrator has no duty to act until such time as a project description is submitted by the proponent of a project under paragraph 22.5.1 or 22.5.11, or alternatively, until the Administrator receives a recommendation from the Evaluating Committee or the Screening Committee pursuant to paragraph 22.5.5 or paragraph 23.4.9. As both 22.5.5 and 23.4.9 are also triggered by the submis-

toute personne agissant en son nom, sont soumis au processus fédéral d'évaluation des répercussions conformément aux dispositions du présent article sauf quand, de l'avis de l'administrateur fédéral, le même processus d'évaluation prévoit la participation des autochtones dans une mesure au moins égale à celle prévue dans le présent chapitre, ou quand les dispositions de l'alinéa 23.7.5 s'appliquent.

23.3.2 La CQE est l'organisme privilégié et officiel chargé, conformément aux présentes, de participer à l'administration et à la surveillance du processus d'évaluation des répercussions sur l'environnement et le milieu social dans la Région, pour les questions et les projets de développement qui relèvent de la compétence provinciale.

Les alinéas 23.7.5 et 23.7.6 prévoient des dispositions presque identiques à celles de l'alinéa 22.6.7 reproduit plus haut:

23.7.5 Le Canada et le Québec peuvent de consentement mutuel combiner les deux processus d'examen des répercussions de la Commission de la qualité de l'environnement et du Comité fédéral d'examen auxquels fait allusion le présent chapitre, pourvu que cette combinaison ne porte pas atteinte aux droits et garanties en faveur des Inuit et des autres habitants de la région accordés conformément aux dispositions du présent chapitre.

23.7.6 Nonobstant l'alinéa précédent tout projet ne peut faire l'objet de plus d'un processus d'évaluation et d'examen des répercussions à moins que ledit projet ne relève à la fois de la compétence provinciale et fédérale ou à moins que ledit projet soit situé en partie dans la Région et en partie ailleurs où un processus d'examen des répercussions est requis.

Pour les mêmes raisons que celles qui s'appliquent à propos de l'alinéa 22.6.7, l'Entente fédérale-provinciale du 15 novembre 1990 ne satisfait pas aux conditions d'examen combiné que prévoit l'alinéa 23.7.5. Ces dispositions prévoient incontestablement deux processus d'examen distincts, l'un fédéral et l'autre provincial, dans le cas des projets relevant de la compétence à la fois du Québec et du Canada.

L'intimé avance encore l'argument tout à fait spacieux selon lequel l'administrateur fédéral n'est tenu d'agir que s'il reçoit du promoteur une description du projet conformément aux alinéas 22.5.1 ou 22.5.11 ou s'il reçoit une recommandation du comité d'évaluation ou du comité de sélection conformément aux alinéas 22.5.5 ou 23.4.9. L'application de ces deux alinéas 22.5.5 et 23.4.9 étant déclenchée par la présentation de la description du projet par le promoteur,

sion of a project description from the proponent, the respondent's conception of these sections would vest in the proponent of a project the discretion to decide whether a submission should be made for the purpose of federal or provincial review, with no recourse available should the proponent choose not to do so. Such a conception is ludicrous. It could not reasonably be seen to be the intention of the parties to the Agreement that the federal Administrator would be powerless to act without the intervention of the proponent. He cannot be left to the whim of the developer.

I conclude that, under the terms of sections 22 and 23 of the JBNQ Agreement, as explained above, the federal Administrator has a public, non-discretionary duty to carry out an independent federal environmental review of the Great Whale Project.

Constitutional questions

1. The respondents submit that since the Great Whale Hydroelectric Project is essentially a provincial undertaking, no parallel impact assessment need be conducted by the federal Administrator, even though it is admitted that areas of federal jurisdiction are incidentally involved. They urge me to conclude that the federal government therefore intended, under the 1975 JBNQ Agreement, to delegate by implication to the provincial Administrator its legislative authority with respect to Indians and Indian lands, marine mammals, fish, migratory birds, and navigable waters. Should I agree, was the delegation constitutionally valid?

2. Secondly, does the federal government have a fiduciary obligation towards the aboriginal population in Quebec?

3. Was the Agreement dated November 15, 1990 and executed by the federal authorities on February 12, 1991, an unlawful attempt by the federal government to abandon its fiduciary obligation? Further, can this Agreement, directing an impact study to be performed under the EARP Guidelines, have sufficient force and effect to supplant the 1975 arrangement?

l'interprétation de ces deux dispositions dans le sens voulu par l'intimé reviendrait à investir le promoteur du pouvoir discrétionnaire de décider s'il faut présenter le projet en vue de l'examen fédéral ou provincial, sans qu'aucun recours soit possible s'il choisit de n'en rien faire. Pareille interprétation est absurde. On ne saurait raisonnablement concevoir que la volonté des parties à la Convention ait été de faire en sorte que l'administrateur fédéral ne soit pas habilité à agir sans l'intervention du promoteur. Il ne saurait être laissé à la merci des caprices de ce dernier.

Je conclus que, conformément aux dispositions des chapitres 22 et 23 de la Convention BJNQ, telles qu'elles sont expliquées plus haut, l'administrateur fédéral est tenu à l'obligation publique impérative d'entreprendre l'examen fédéral impartial des répercussions environnementales du projet de la Grande Baleine.

Questions constitutionnelles

1. Les intimés soutiennent que, le projet hydro-électrique de la Grande Baleine étant essentiellement une entreprise provinciale, il n'y a pas lieu à évaluation parallèle des répercussions de la part de l'administrateur fédéral, bien qu'ils reconnaissent que certains domaines de compétence fédérale sont incidemment en jeu. Ils m'engagent à conclure que par la Convention BJNQ de 1975, l'État fédéral a voulu déléguer implicitement à l'administrateur provincial ses pouvoirs concernant les Indiens et les terres réservées à ces derniers, les mammifères marins, les pêcheries, les oiseaux migrateurs et les eaux navigables. Au cas où j'accueillerais cette thèse, la délégation de pouvoirs était-elle constitutionnellement valide?

2. En deuxième lieu, l'État fédéral est-il tenu à une obligation fiduciaire envers la population autochtone du Québec?

3. L'Entente datée du 15 novembre 1990 et signée par les autorités fédérales le 12 février 1991 représente-t-elle une tentative illégale de la part de l'État fédéral de manquer à son obligation fiduciaire? D'autre part, cette Entente qui prévoit une étude des répercussions dans le cadre des Lignes directrices, a-t-elle suffisamment force obligatoire pour supplanter la Convention de 1975?

1. Delegation

The respondents argue that any impact of the Great Whale Project on areas of federal responsibility is purely incidental; that the assessment to be performed by the provincial authorities is sufficient to deal with any such incidental repercussions, and no separate federal review need be undertaken. In constitutional terms, this presupposes that the federal government has somehow delegated their assessment and review powers to the province.

The jurisprudence indicates that federal inter-delegation is only constitutionally valid where the delegation is made expressly by statute and where the powers delegated are expressly retrievable by the delegator.

In *P.E.I. Potato Marketing Board v. Willis*, [1952] 2 S.C.R. 392, the Supreme Court of Canada approved a scheme whereby the federal government delegated to the Prince Edward Island Potato Marketing Board the authority to regulate the marketing of P.E.I. potatoes outside the province in interprovincial and export trade. Under *The Agricultural Products Marketing Act*, [S.C. 1949, c. 16], the federal Parliament conferred the power upon the Governor in Council to grant authority to a provincial board to regulate matters of interprovincial and export trade in the same manner as the board exercised in relation to marketing within the province. That authority was made expressly retrievable by the Governor in Council. Pursuant to this power, the Governor in Council passed an order in council to permit the provincial board to regulate marketing outside the province in interprovincial and export trade of provincial products. The Court determined that "Parliament, legislating with reference to inter-provincial and export trade which it and not any provincial legislature had the power to do, may validly authorize the Governor General in Council to confer upon a provincial board appointed under the Prince Edward Island statute of 1940, the power to regulate such marketing."

1. Délégation de pouvoirs

Les intimés soutiennent que toute répercussion du projet de la Grande Baleine sur des domaines de responsabilité fédérale est purement incidente, que l'évaluation à effectuer par les autorités provinciales suffit pour couvrir toute répercussion incidente éventuelle, et qu'il est inutile d'entreprendre aucun examen fédéral distinct. En termes constitutionnels, cet argument suppose que l'État fédéral a, d'une façon ou d'une autre, délégué à la province ses pouvoirs d'évaluation et d'examen.

La jurisprudence a posé pour principe que la délégation des pouvoirs fédéraux à un autre ordre de gouvernement n'est constitutionnellement valide que si elle se fait expressément par une loi et si les pouvoirs délégués sont expressément récupérables par l'autorité qui les a délégués.

Dans *P.E.I. Potato Marketing Board v. Willis*, [1952] 2 R.C.S. 392, la Cour suprême du Canada a approuvé un arrangement par lequel le gouvernement fédéral délégua à la Commission de commercialisation des pommes de terre de l'Île-du-Prince-Édouard le pouvoir de réglementer la commercialisation de ce produit de l'île en dehors de la province, dans le commerce interprovincial et les exportations. Sous le régime de la *Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles* [S.C. 1949, chap. 16], le Parlement fédéral habilita le gouverneur en conseil à déléguer aux commissions provinciales le pouvoir de réglementer des matières de commerce interprovincial et d'exportation de la même façon qu'à l'égard de la commercialisation à l'intérieur de leur province respective. Il était expressément prévu que le gouverneur en conseil pouvait reprendre ce pouvoir. Fort de cette habilitation, le gouverneur en conseil a pris un décret pour permettre à la commission provinciale de réglementer la commercialisation en dehors de la province, dans le commerce interprovincial et l'exportation du produit provincial. La Cour a conclu que [TRADUCTION] «le Parlement, légiférant en matière de commerce interprovincial et d'exportation, ce qu'il était seul habilité à faire à l'exclusion de toute législature provinciale, peut valablement autoriser le gouverneur en conseil à déléguer à une commission provinciale constituée en application de la loi de 1940 de

In the case at bar there is no statutory equivalent to the *Agricultural Products Marketing Act*; with respect to the JBNQ Agreement, there has been no express statutory delegation by the federal government to the provincial Administrator of matters of federal jurisdiction; nor is there the requisite retrieval mechanism. Consequently, the 1975 JBNQ Agreement does not and cannot delegate any of the federal assessment authority to the provincial Administrator; there is therefore no power in the provincial Administrator to deal with any impact of the project in areas of federal competence.

2. Fiduciary obligation

It is now well established in the jurisprudence that the federal government has a fiduciary obligation towards the aboriginal peoples of Canada (see e.g. *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335). Furthermore,³

... treaties and statutes relating to Indians should be liberally construed and doubtful expressions resolved in favour of the Indians.

Guerin is authority for the proposition that where an Indian Band surrenders its interest in land to the federal government, the federal government assumes a fiduciary obligation towards the Indian Band in question.

In the case at bar, the federal government has extinguished "all native claims, rights, title and interests" pursuant to subsection 3(3) of the *James Bay and Northern Quebec Native Claims Settlement Act*, and in subsection 3(2), the federal government has guaranteed to the Crees and other beneficiaries under the JBNQ Agreement the "rights, privileges and benefits" set out in the JBNQ Agreement. Thus, the rights and benefits under the JBNQ Agreement have been given to the Crees in consideration for their signing the Agreement under which their traditional

³ *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 36.

l'Île-du-Prince-Édouard, le pouvoir de régler cette commercialisation».

En l'espèce, nous ne sommes en présence d'aucun texte de loi qui serait l'équivalent de la *Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*; en ce qui concerne la Convention BJNQ, il n'y a eu aucune délégation expresse par l'État fédéral à l'administrateur provincial de pouvoirs relatifs à des matières de compétence fédérale; est également absent le dispositif requis de récupération des pouvoirs délégués. En conséquence, la Convention BJNQ n'opère pas et ne saurait opérer délégation d'aucun pouvoir fédéral d'évaluation à l'administrateur provincial; celui-ci n'est donc nullement habilité à s'occuper d'aucune répercussion du projet dans des domaines de compétence fédérale.

d 2. Obligation fiduciaire

Il est maintenant bien établi en droit jurisprudentiel que l'État fédéral est tenu à une obligation fiduciaire envers les peuples autochtones du Canada (voir par exemple *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335). En outre³,

... les traités et les lois visant les Indiens doivent recevoir une interprétation libérale et ... toute ambiguïté doit profiter aux Indiens.

L'arrêt *Guerin* pose également pour règle que dans le cas où une bande indienne cède ses droits territoriaux à l'État fédéral, celui-ci assume une obligation fiduciaire envers cette bande.

En l'espèce, l'État fédéral a éteint «tous les revendications, droits, titres et intérêts autochtones» par le paragraphe 3(3) de la *Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois* et, au paragraphe 3(2) de la même loi, il garantit aux Cris et autres bénéficiaires en vertu de la Convention BJNQ les «droits, privilèges et avantages» que prévoit cette dernière. Ainsi donc, les droits et avantages prévus à la Convention BJNQ ont été accordés aux Cris en échange de leur participation à cette Convention qui opère extinction de leurs

³ *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, à la p. 36.

rights were extinguished. The rights extended to the Crees under the JBNQ Agreement include hunting, fishing and trapping rights outlined in section 24. According to subsection 24.11, these rights are expressly guaranteed, protected and given effect to by the environmental review procedures outlined in sections 22 and 23:

22.2.2 The said regime provides for:

- c) A special status and involvement for the Cree people over and above that provided for in procedures involving the general public through consultation or representative mechanisms wherever such is necessary to protect or give effect to the rights and guarantees in favour of the Native people established by and in accordance with the Agreement;
- d) The protection of the rights and guarantees of the Cree people established by and in accordance with Section 24;
- e) The protection of the Cree people, their economies and the wildlife resources upon which they depend;

23.2.2 The said regime provides for:

- c) A special status and involvement for the Native people and the other inhabitants of the Region over and above that provided for in procedures involving the general public through consultation or representative mechanisms wherever such is necessary to protect or give effect to the rights and guarantees in favour of the Native people established by and in accordance with the Agreement;
- d) The protection of the rights and guarantees of the Native people established by and in accordance with Section 24;
- e) The protection of the Native people, their economies and the wildlife resources upon which they depend;

22.5.1 All developments listed in Schedule 1 shall automatically be subject to the impact assessment and review procedures provided for herein. A proponent of a development contemplated by this paragraph shall submit a project description to the Administrator during the preliminary planning stage. This list shall be reviewed by the parties every five (5) years and may be modified by mutual consent of the parties as may be necessary in the light of technological changes and experience with the assessment and review process.

22.5.5 The Administrator shall decide, in a manner consistent with the provisions of this Sub-Section, and more

droits traditionnels. Les droits accordés aux Cris sous le régime de la Convention sont les droits de chasse, de pêche et de trappage prévus au chapitre 24. L'article 24.11 prévoit expressément que ces droits sont garantis, protégés et appliqués par le jeu des processus d'examen environnemental prévus aux chapitres 22 et 23:

22.2.2 Ledit régime prévoit:

- c) lorsqu'il est nécessaire, pour protéger les droits et garanties des autochtones établis en vertu de la présente Convention et conformément à ses dispositions et leur donner effet, l'établissement par le truchement de mécanismes de consultation ou d'un statut particulier et une participation spéciale aux Cris leur assurant une participation plus grande que celle normalement prévue pour le grand public,
- d) la protection des droits et des garanties établis en faveur des Cris en vertu du chapitre 24 et conformément à ses dispositions,
- e) la protection des Cris, de leur économie et des ressources fauniques dont ils dépendent.

23.2.2 Ledit régime prévoit:

- c) lorsqu'il est nécessaire, pour protéger les droits et garanties des autochtones établis par la Convention et conformément à ses dispositions et leur donner effet, l'établissement par le truchement de mécanismes de consultation et de représentation, d'un statut particulier aux autochtones et aux autres habitants de la Région leur assurant une participation plus grande que celle normalement prévue pour le grand public,
- d) la protection des droits et garanties établis en faveur des autochtones en vertu [du] chapitre 24 et conformément à ses dispositions,
- e) la protection des autochtones, de leur économie et des ressources fauniques dont ils dépendent,

22.5.1 Tous les développements énumérés à l'Annexe 1 sont automatiquement assujettis aux processus d'évaluation et d'examen des répercussions prévus dans les présentes. Tout promoteur d'un développement visé dans le présent alinéa soumet une description du projet à l'administrateur à l'étape de la planification préliminaire. La liste constituant l'Annexe 1 est révisée par les parties tous les cinq (5) ans et peut, au besoin, être modifiée de consentement mutuel des parties, à la lumière des changements d'ordre technologique et de l'expérience résultant du processus d'évaluation et d'examen.

22.5.5 L'administrateur décide, conformément aux dispositions du présent article et, plus particulièrement, après

particularly only after receiving the recommendation of the evaluating committee pursuant to paragraph 22.5.13, whether a proposed development not contemplated in paragraph 22.5.1 or 22.5.2 shall be assessed and reviewed. In the event that the Administrator decides that a proposed development shall be assessed or reviewed he shall act in the manner stipulated in paragraph 22.5.4.

avoir reçu la recommandation du comité d'évaluation en conformité avec l'alinéa 22.5.13, si un projet de développement non visé aux alinéas 22.5.1 ou 22.5.2 doit être évalué et examiné. Si l'administrateur décide que le développement proposé doit être évalué ou examiné, il agit conformément aux dispositions de l'alinéa 22.5.4.

22.5.11 The proponent shall submit to the Administrator the following preliminary information respecting the proposed development:

- a) In the case of developments contemplated by paragraph 22.5.1;
 - i) Purpose of the project;
 - ii) Nature and extent of the proposed development;
 - iii) Intention to study alternative sites for development where appropriate;
 - iv) In the case when only one (1) alternative is proposed, reasons why no site alternatives are possible.
- b) In the case of development not contemplated in paragraphs 22.5.1 and 22.5.2 information contemplated in i), ii), iii) and iv) above and in addition information and technical data adequate to permit a gross assessment of environmental and social impact of the project by the Evaluating Committee and the Administrator.

22.5.11 Le promoteur fournit à l'administrateur les renseignements préliminaires suivants concernant son projet de développement:

- a) dans le cas de développement visé à l'alinéa 22.5.1,
 - i) le but du projet,
 - ii) la nature et l'envergure du développement proposé,
 - iii) l'intention d'étudier d'autres emplacements pour le développement, s'il y a lieu,
 - iv) dans le cas où un seul emplacement est proposé, les raisons pour lesquelles il n'est pas possible de choisir d'autres emplacements,
- b) dans le cas de développement non visé aux alinéas 22.5.1 et 22.5.2, les renseignements énumérés en i), ii), iii) et iv) ci-dessus, et de plus, des renseignements et des données techniques suffisants pour permettre au comité d'évaluation et à l'administrateur d'évaluer de façon approximative les répercussions du projet sur l'environnement et sur le milieu social.

23.4.9 The Federal Administrator shall, consistent with the provisions of this Section, and after considering among other possible factors the said recommendations, decide as the case may be, whether or not an assessment and review shall be required and/or the nature and extent of such assessment and review. In the event that the Federal Administrator cannot accept the recommendations of the Screening Committee or wishes to modify such recommendations he shall, before deciding, consult with the Screening Committee so as to explain his position and discuss same before formally informing the proponent or taking action thereon.

23.4.9 L'administrateur fédéral, conformément aux dispositions du présent chapitre et après avoir pris en considération, entre autres facteurs possibles, lesdites recommandations, décide selon le cas qu'une évaluation et un examen sont requis et/ou établit la nature et la portée desdits évaluation et examen. Si l'administrateur ne peut accepter les recommandations du Comité de sélection ou s'il désire modifier ces recommandations, il consulte le Comité de sélection avant de prendre une décision, afin d'expliquer la position qu'il prend et d'en discuter, avant d'en aviser le promoteur et de prendre des mesures dans ce sens.

24.11.1 The rights and guarantees of the Native people established by and in accordance with this Section shall be guaranteed, protected and given effect to with respect to environmental and social protection by and in accordance with Section 22 and Section 23.

24.11.1 Les droits et garanties reconnus aux autochtones par le présent chapitre et en application de ses dispositions, sont protégés, respectés et appliqués en tenant compte de la protection de l'environnement naturel et du milieu social et en conformité avec le chapitre 22 et le chapitre 23.

As earlier stated, the Supreme Court of Canada held in *Guerin* that the surrender of native rights by

Comme noté plus haut, la Cour suprême du Canada a jugé, par l'arrêt *Guerin*, que la cession de

an Indian Band to the federal government creates a fiduciary obligation on the part of the federal government towards the Indian Band in question. Furthermore, as Hall J. stated in *Calder et al. v. Attorney-General for British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, at page 404:

... the onus of proving that the Sovereign intended to extinguish the Indian title lies on the respondent and that intention must be "clear and plain".

I am satisfied that, as in *Guerin*, the federal government, if it did not already have an existing fiduciary obligation towards the Crees, incurred such when it extinguished their native rights pursuant to subsection 3(3) of the *James Bay and Northern Quebec Native Claims Settlement Act*. Secondly, the federal government could not extinguish the rights of the Crees, including their right under paragraph 24.11.1 to the environmental procedures contained in sections 22 and 23, without expressly doing so, as required by *Sparrow*.

I have already established *supra* that sections 22 and 23 of the JBNQ Agreement provide for two separate review procedures: one federal and one provincial. I have confirmed this by the analysis of the fiduciary obligation of the federal government toward the native population. This, I feel, is sufficient to protect the Crees' right to independent federal reviews under sections 22 and 23 of the JBNQ Agreement. However, for any sceptics, I would add that the rights enjoyed by the Crees under the JBNQ Agreement are further protected by subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

In *Eastmain Band v. Gilpin*, [1987] 3 C.N.L.R. 54 (Que. Prov. Ct.), the Quebec Provincial Court held that the Eastmain Band's right to Category 1A lands under paragraph 5.1.2 of the JBNQ Agreement was protected by subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. By analogy, other native rights, such as the right in paragraph 24.11.1 to protection of the native people's hunting, fishing, and trapping rights by separate federal and provincial environmental reviews as outlined in sections 22 and 23, will also be protected by section 35.

droits autochtones par une bande indienne à l'État fédéral crée chez celui-ci une obligation fiduciaire envers la bande indienne en question. En outre, comme le juge Hall l'a conclu dans *Calder et al. c. Procureur Général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, à la page 404:

... il incombe à l'intimé d'établir que le Souverain voulait éteindre le titre indien, et que cette intention doit être «claire et expresse».

Je conclus en l'espèce que, tout comme dans la cause *Guerin*, l'État fédéral, à supposer qu'il ne fût pas déjà tenu à une obligation fiduciaire envers les Cris, en a assumé une quand il a éteint leurs droits autochtones par le paragraphe 3(3) de la *Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois*. En second lieu, l'État fédéral ne pouvait, sans une disposition expresse à cet effet comme l'exige la règle posée par l'arrêt *Sparrow*, éteindre les droits des Cris, dont celui, prévu à l'alinéa 24.11.1, aux processus d'évaluation environnementale visés aux chapitres 22 et 23.

Comme je l'ai conclu plus haut, les chapitres 22 et 23 de la Convention BJNQ prévoient deux processus d'examen distincts, l'un fédéral et l'autre provincial. Cette conclusion est confirmée par mon analyse de l'obligation fiduciaire de l'État fédéral envers la population autochtone. Cette situation suffit, à mon avis, pour protéger le droit des Cris à l'examen fédéral impartial que prévoient les chapitres 22 et 23 de la Convention BJNQ. À l'intention cependant des sceptiques, j'ajouterais que les droits que les Cris tiennent de la Convention BJNQ sont encore protégés par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Dans *Bande d'Eastmain c. Gilpin*, [1987] R.J.Q. 1637 (C.S.P.), la Cour provinciale du Québec a jugé que le droit détenu par la Bande d'Eastmain sur des terres de la catégorie 1A en application de la Convention BJNQ était protégé par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Par analogie, d'autres droits autochtones, comme celui, prévu à l'alinéa 24.11.1, à la protection des droits de chasse, de pêche et de trappage des peuples autochtones, au moyen de processus distincts d'examen environnemental fédéral et provincial que prévoient les chapitres 22 et 23, seront également protégés par l'article 35.

3. Force and effect of the Agreement of November 15, 1990

The federal/provincial Agreement entered into some sixteen years subsequent to the JBNQ Agreement purports to substitute the federal environmental review process and to proceed with an assessment in accordance with the EARP Guidelines. It is apparent that this Agreement was intended both to appease and circumvent the native populations who desired to have a separate federal review of matters within federal competence as required by the 1975 understanding; moreover, it appears to have been negotiated in an attempt to free themselves from the duties and responsibilities imposed under the JBNQ Agreement.

In my opinion, the new bipartite (November 15, 1990) agreement cannot legally be substituted by the federal authorities as an answer to their obligations under the JBNQ Agreement. The latter was ratified by statute; the statutorily imposed duty cannot be changed except by enactment. Furthermore, the Agreement cannot be amended or supplanted without the participation of all of the original signatories. Finally, the review to be carried out under the new Agreement is to be in accordance with the EARP Guidelines; any recommendations arising out of such a study can be of no force or effect concerning a provincial undertaking, although they may be of some limited use in raising public awareness. Unlike the situation which existed in *Can. Wildlife Fed. Inc. v. Can. (Min. of the Environment)*, [1990] 2 W.W.R. 69 (F.C.A.), there are no federal permits or authorizations required in order to proceed with the project; therefore it cannot be delayed in the event of adverse impact on areas of federal jurisdiction.

It is also clear that under the JBNQ Agreement, which was intended to provide specific protection for the native peoples in return for their giving up certain rights, the federal government incurred a fiduciary obligation which is not fulfilled by the new undertaking and it cannot extinguish the Crees' rights, under paragraph 24.11.1, of the environmental review procedure outlined in sections 22 and 23. These rights must be held to be still existing.

3. Force et effet de l'entente du 15 novembre 1990

L'entente fédérale-provinciale conclue quelque 16 ans après la Convention BJNQ prétend substituer au processus d'examen environnemental fédéral, un processus régi par les Lignes directrices. Il est manifeste que l'entente visait à apaiser et à circonvier les populations autochtones qui comptaient sur un examen fédéral distinct des matières de compétence fédérale comme le prévoyait la Convention de 1975; en outre, il est clair qu'elle a été négociée pour dispenser des obligations et responsabilités prévues par la Convention BJNQ.

À mon avis, les autorités fédérales ne sauraient légalement substituer la nouvelle entente bipartite (du 15 novembre 1990) aux obligations qu'elles tiennent de la Convention BJNQ. Cette dernière a été ratifiée par voie législative; l'obligation légale qu'elle impose ne pourrait être changée qu'au moyen d'une loi. Par ailleurs, la Convention ne peut être modifiée ou remplacée sans la participation de tous les signataires initiaux. Enfin, l'examen à entreprendre sous le régime de la nouvelle entente doit être conforme aux Lignes directrices; les recommandations issues de pareil examen n'ont aucun effet à l'égard d'une entreprise provinciale, bien qu'elles puissent avoir une utilité restreinte en attirant l'attention du public. À l'opposé de ce qui se passait dans la cause *Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [1990] 2 W.W.R. 69 (C.A.F.), aucun permis ou autorisation fédéral n'est requis en l'espèce pour entreprendre le projet; celui-ci ne peut donc être retardé au cas où des répercussions néfastes se produiraient dans des domaines de compétence fédérale.

Il est d'ailleurs visible que dans le cadre de la Convention BJNQ, qui visait à assurer une protection spécifique aux peuples autochtones en échange de certains de leurs droits, l'État fédéral assume une obligation fiduciaire qui n'est pas remplie par la nouvelle entente et il ne peut éteindre le droit des Cris, prévu à l'alinéa 24.11.1, au processus d'examen environnemental visé aux chapitres 22 et 23. Ce droit doit être considéré comme toujours en vigueur.

Relief sought

The applicants have applied for a mandatory injunction or *mandamus*, as alternative remedies.

According to de Smith's *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed., J. M. Evans (London: Stevens 1980), the remedy of *mandamus* is to be preferred to an injunction when relief is sought against a Crown servant; furthermore, *mandamus* will lie against a Crown servant in his official capacity if the duty is owed not to the Crown but to the public [at pages 445-446]:

In *mandamus* cases it is recognised that when a statutory duty is cast upon a Crown servant in his official capacity and this duty is one owed not to the Crown but to the public, any person having a sufficient legal interest in the performance of the duty may apply to the courts for an order of *mandamus* to enforce it. If, however, the remedy sought is an injunction, it is doubtful whether any such duality can be imputed to a Crown servant; it has been held that when statutory powers or duties are conferred upon him, he exercises them as an officer representing the Crown, not in the capacity of a designated officer distinct from the Crown.

In *Bender v. The King*, [1949] 2 D.L.R. 318 (Ex. Ct.), the Exchequer Court held that a body or person performing functions of a public nature is a servant or agent of the Crown, unless such person has discretionary powers of his own which can be exercised independently. Under the JBNQ Agreement, the Administrator has no discretionary powers, but only positive duties; I am therefore satisfied that in accordance with the test set out in *Bender*, Mr. Dorais as federal Administrator is a servant of the Crown. Consequently, *mandamus* would seem to be the appropriate remedy, even although the advent of the case *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, does not put the injunction remedy out of consideration.

Furthermore, the applicants are "private plaintiffs", seeking to compel a public official to carry out his statutory duties [page 436]:

It is doubtful whether a mandatory injunction will issue at the suit of a private plaintiff to compel a public body to carry out its positive statutory duties, unless the statute is to be interpreted as giving the plaintiff a private right of action for breach

Conclusion des requérants

Les requérants concluent à une ordonnance de *mandamus* ou, subsidiairement, à une injonction.

Selon de Smith's *Judicial Review of Administrative Action*, 4^e éd., J. M. Evans (Londres: Stevens 1980), l'ordonnance de *mandamus* est préférable à l'injonction quand elle vise un employé de la Couronne; en outre, il y a lieu à *mandamus* contre un employé de la Couronne en sa qualité officielle si l'obligation est assumée, non pas envers la Couronne, mais envers le public [aux pages 445-446]:

[TRADUCTION] En matière de *mandamus*, la règle est qu'en cas d'obligation incombant à un employé de la Couronne en sa qualité officielle, non pas envers la Couronne mais envers le public, quiconque justifie d'un intérêt légal suffisant dans l'exécution de cette obligation peut agir en ordonnance de *mandamus* pour en forcer l'exécution. Si cependant le recours est en injonction, il est douteux qu'on puisse attribuer cette double qualité à un fonctionnaire de la Couronne; il a été jugé que s'il est investi de pouvoirs ou d'attributions légaux, il les exerce en qualité d'autorité représentant la Couronne, et non pas en qualité d'autorité désignée, distincte de la Couronne.

Dans *Bender v. The King*, [1949] 2 D.L.R. 318 (C. de l'É), la Cour de l'Échiquier a jugé qu'une personne morale ou physique exerçant des fonctions publiques est un employé ou mandataire de la Couronne, à moins qu'elle ne soit investie de pouvoirs discrectionnaires qui lui soient propres et qu'elle puisse exercer de façon indépendante. Sous le régime de la Convention BJNQ, l'administrateur n'est investi d'aucun pouvoir discrectionnaire, mais n'a que des obligations de faire; je conclus en conséquence que, conformément au critère défini par *Bender*, M. Dorais, en sa qualité d'administrateur, est un employé de la Couronne. En conséquence, une ordonnance de *mandamus* serait la mesure de réparation indiquée, bien que la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110 n'exclue pas le recours à une injonction.

Par ailleurs, les requérants sont des «demandeurs privés» cherchant à obliger une autorité publique à remplir ses obligations légales [à la page 436]:

[TRADUCTION] Il est douteux qu'une injonction de faire puisse être rendue dans l'action intentée par un demandeur privé pour obliger un organisme public à remplir des obligations de faire prévues par une loi, à moins que celle-ci ne soit interprétée

of those duties; the more appropriate judicial remedy (if any) will be a prerogative order of mandamus.

Consequently, I am persuaded that *mandamus* is the appropriate relief in the circumstances.

The criteria for obtaining the prerogative relief of *mandamus* are set out by Laidlaw J. of the Ontario Court of Appeal in *Karavos v. Toronto & Gillies*, [1948] 3 D.L.R. 294 (Ont. C.A.) at page 295, as adopted by the Federal Court of Appeal in *O'Grady v. Whyte*, [1983] 1 F.C. 719 at page 722:

It is well to refer at the outset to certain fundamental and well-understood rules and principles relating to the remedy by [*sic*] *mandamus*. It is properly called and recognized as an extraordinary one, and it is not granted by the Court if an applicant for it has any other adequate remedy. The object and purpose of it is to supply the want of other legal remedies. It is appropriate to overcome the inaction or misconduct of persons charged with the performance of duties of a public nature. The complaining party must, however, clearly establish the right which it is sought to protect, and an order is never granted in doubtful cases: *High's Extraordinary Legal Remedies*, 3rd ed., 1896, p. 12, art. 9. I do not attempt an exhaustive summary of the principles upon which the Court proceeds on an application for *mandamus*, but I shall briefly state certain of them bearing particularly on the case presently under consideration. Before the remedy can be given, the applicant for it must show: (1) "a clear, legal right to have the thing sought by it done, and done in the manner and by the person sought to be coerced": *High, op. cit.*, p. 13, art. 9; cf. p. 15, art. 10. (2) "The duty whose performance it is sought to coerce by *mandamus* must be actually due and incumbent upon the officer at the time of seeking the relief, and the writ will not lie to compel the doing of an act which is not yet under obligation to perform": *ibid.*, p. 44, art. 36. (3) That duty must be purely ministerial in nature, "plainly incumbent upon an officer by operation of law or by virtue of his office, and concerning which he possesses no discretionary powers": *ibid.*, p. 92, art. 80. (4) There must be a demand and refusal to perform the act which it is sought to coerce by legal remedy: *ibid.*, p. 18, art. 13.

It should be remembered that an order of *mandamus* being a form of prerogative relief, the Court has the discretion to decline to award it if, for example, another legal remedy is equally beneficial, convenient and effective, or if there was undue delay on the

comme conférant au demandeur un droit d'action privé en cas de violation de ces obligations; le redressement judiciaire plus approprié (s'il y a lieu) sera le bref de prerogative de mandamus.

En conséquence, je conclus que l'ordonnance de *mandamus* est la réparation indiquée en l'espèce.

Les conditions du bref de prerogative de *mandamus* sont exposées par le juge Laidlaw de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Karavos v. Toronto & Gillies*, [1948] 3 D.L.R. 294 (C.A. Ont.) à la page 295, et adoptées par la Cour d'appel fédérale dans *O'Grady c. Whyte*, [1983] 1 C.F. 719 à la page 722:

[TRADUCTION] Il y a tout lieu de mentionner dès le début certaines règles fondamentales et bien comprises relatives au redressement par voie de bref de *mandamus*. Ce redressement est à bon droit appelé et réputé un redressement extraordinaire; la Cour ne le décerne pas si celui qui le sollicite a quelque autre recours adéquat. Ce bref vise à suppléer à l'absence d'autres voies de recours légales. Il convient de s'en servir pour venir à bout de l'inaction ou de l'incurie de personnes à qui incombe l'exercice de fonctions à caractère public. Toutefois, la partie plaignante doit établir clairement le droit dont la protection est demandée, et une ordonnance n'est jamais accordée dans des cas douteux: *High's Extraordinary Legal Remedies*, 3^e éd., 1896, p. 12, art. 9. Je n'essaie pas de faire un résumé exhaustif des règles qui guident la Cour en matière de demande de bref de *mandamus*, mais je vais exposer brièvement certaines d'entre elles qui s'appliquent particulièrement en l'espèce. Pour que le redressement puisse être accordé, celui qui le sollicite doit établir ce qui suit: (1) «un droit clair et licite de faire accomplir la chose dont on demande l'exécution, de la manière demandée, et par la personne qui fait l'objet de la demande de redressement»: *High, op. cit.*, p. 13, art. 9; voir p. 15, art. 10. (2) «L'obligation dont on demande l'exécution forcée par voie de *mandamus* doit être née et doit incomber au fonctionnaire au moment de la demande de redressement, et le bref ne sera pas accordé pour forcer l'accomplissement de quelque chose qu'il n'est pas encore tenu de faire»: *ibid.*, p. 44, art. 36. (3) Cette obligation doit être de nature purement matérielle, c'est-à-dire qu'elle doit «incomber manifestement à un fonctionnaire en vertu d'une loi ou de ses fonctions, et à l'égard de laquelle il n'a aucun pouvoir discrétionnaire»: *ibid.*, p. 92, art. 80. (4) Il doit y avoir une demande et un refus d'accomplir l'acte dont l'exécution forcée est sollicitée par voie de recours légale: *ibid.*, p. 18, art. 13.

Il ne faut pas oublier que l'ordonnance de *mandamus* étant un bref de prerogative, la juridiction saisie a le pouvoir discrétionnaire de refuser de la décerner si, par exemple, un autre recours légal est tout aussi utile, commode et efficace, ou en cas de retard exces-

part of the applicant (de Smith's *Judicial Review of Administrative Action*, *supra*, at page 558).

The public duty upon the federal Administrator which is sought to be enforced has already been established. The legal right of the Crees to exact performance of duties under section 22 of the JBNQ Agreement (dealing with developments south of the 55th parallel) is not in dispute; I am satisfied that the applicants also have legal rights under section 23 of the JBNQ Agreement (dealing with developments north of the 55th parallel). The Cree are included in the definition of "native people" in subsection 1.12, and as beneficiaries under the JBNQ Agreement by virtue of subsection 3.2 thereof are entitled to invoke rights, benefits and privileges under section 23 as well as under section 22.

There has also been the requisite demand and refusal: the evidence indicated that the applicants requested that Mr. Robinson carry out the federal environmental impact assessment procedure under the JBNQ Agreement at meetings held between the Cree Regional Authority, Mr. Robinson and his representatives during 1989 and 1990. As noted earlier, in November 1990, Mr. Robinson informed the applicants that he would not perform the assessment or have it performed.

There are no other remedies provided, under the JBNQ Agreement or elsewhere, for the failure of the federal Administrator to act; *mandamus* is the only available remedy in the circumstances.

Finally, the applicants cannot be accused of undue delay in applying for *mandamus*; until the November 15, 1990 Agreement was executed, it was reasonable for the applicants to assume that a federal environmental review, in accordance with the JBNQ Agreement, would be carried out. The applicants filed their notice of motion in the Federal Court on February 21, 1991, only nine days after their cause of action arose.

For all the foregoing reasons, I conclude that the Crees' right to an independent parallel federal review has survived and must be honoured.

sif de la part du requérant (de Smith's *Judicial Review of Administrative Action*, précité, à la page 558).

J'ai déjà conclu à l'existence de l'obligation publique qui incombe à l'administrateur fédéral et dont les requérants demandent l'exécution en l'espèce. Le droit légal des Cris à l'exécution des obligations prévues au chapitre 22 de la Convention BJNQ (au sujet des développements au sud du 55^e parallèle) n'est pas contesté; je conclus que les requérants ont également des droits légaux en vertu du chapitre 23 de la Convention BJNQ (au sujet des développements au nord du 55^e parallèle). Les Cris sont inclus dans la définition de «peuple autochtone» de l'article 1.12, et en leur qualité de bénéficiaires au sens de la Convention BJNQ par application de son article 3.2, sont habilités à invoquer les droits, avantages et privilèges prévus au chapitre 23 comme au chapitre 22.

On est en présence en l'espèce d'une demande et du refus qui y était opposé, donc d'une condition de l'ordonnance de *mandamus*: il est constant que lors de rencontres en 1989 et 1990 entre l'Administration régionale crie et M. Robinson et ses représentants, les requérants ont demandé à celui-ci d'entreprendre le processus d'évaluation fédérale des répercussions sur l'environnement, que prévoit la Convention BJNQ. Comme noté plus haut, M. Robinson les a informés en novembre 1990 qu'il n'entreprendrait pas cette évaluation.

Nul autre recours n'est prévu, sous le régime de la Convention BJNQ ou ailleurs, en cas de défaut d'agir de la part de l'administrateur; l'ordonnance de *mandamus* est le seul redressement possible en l'espèce.

Enfin, on ne saurait reprocher aux requérants un retard excessif dans leur requête en ordonnance de *mandamus*; jusqu'à la signature de l'Entente du 15 novembre 1990, il était raisonnable de leur part de présumer qu'un examen environnemental fédéral serait entrepris conformément à la Convention BJNQ. Les requérants ont déposé leur avis de requête en Cour fédérale le 21 février 1991, juste neuf jours après la survenance de leur cause d'action.

Par tous ces motifs, je conclus que le droit des Cris à un examen fédéral parallèle et impartial demeure entier et doit être honoré.

Before concluding, there were several arguments raised by the federal Crown in this case which are worthy of separate comment.

The Crown submits that this project, under subsection 92(10) and section 92A of the *Constitution Act, 1867*, belongs in the provincial domain. Indeed, no party to these proceedings has disputed that point. In the government's opinion the effect of this is that federal environment assessment which attempted to interfere with the realization of the project would be a breach of basic constitutional principles. Furthermore, the initiating of an assessment under the EARP Guidelines in areas of federal competence should, it is contended, be adequate. Such an assessment would allow federal authorities to learn of the project's effects on the environment in areas of federal competence and to review the issuance of permits or other necessary authorization where appropriate. Accordingly, if the provincial Administrator is vested with the power to authorize the project, the federal decision-makers could cause the overall development being held to account, by the simple deed of withholding the necessary permits within their fields of competence. Counsel assured me that in accordance with this, the federal government would carefully study all results issued under the EARP assessment, and would take into consideration in the exercise of their decision-making power, the rights and privileges of the aboriginal communities.

While all of this may be conceivable, it is readily apparent to me that a situation could arise which would lead to a dissimilar result. There is no evidence before me that any federal authorization or permits will be required. In that case, the scrutiny and protection which this decision-making power is alleged to offer will be of no avail. In any event, if one accepts the federal government's argument that it is willing to comply with its obligation towards the native people of this country, one is at a loss to understand its refusal to fulfil that original contractual obligation in the JBNQ Agreement.

Crown counsel also submitted that, if the JBNQ Agreement leads to confusion or is open to two possible interpretations, it should be construed in such a manner as to ensure that one area of jurisdiction will

Avant de conclure, il me faut encore examiner certains arguments avancés par la Couronne fédérale et qui méritent qu'on s'y arrête.

a La Couronne soutient que ce projet, par application du paragraphe 92(10) et de l'article 92A de la *Loi constitutionnelle de 1867*, relève de la compétence provinciale. En fait, aucune des parties à l'instance n'a contesté ce point. De l'avis du gouvernement, il s'ensuit qu'une évaluation environnementale fédérale qui s'ingérerait dans la réalisation de ce projet serait une violation des principes constitutionnels fondamentaux. En outre, une évaluation sous le régime des Lignes directrices dans les domaines de compétence fédérale serait suffisante. Pareille évaluation permettrait aux autorités fédérales d'en apprendre sur les répercussions du projet sur l'environnement dans les domaines de compétence fédérale, et de revoir, le cas échéant, la délivrance des permis et autres autorisations nécessaires. En conséquence, si l'administrateur provincial est investi du pouvoir d'autoriser le projet, les autorités fédérales pourraient s'assurer de la responsabilité à l'égard du projet dans son ensemble, en refusant de délivrer les permis nécessaires dans leurs domaines de compétence. L'avocat de la Couronne m'assure qu'à cette fin, le gouvernement fédéral examinerait soigneusement tous les résultats de l'évaluation à entreprendre sous le régime des Lignes directrices, et prendrait en considération, dans l'exercice de son pouvoir décisionnel, les droits et privilèges des collectivités autochtones.

g Bien que tout cela soit parfaitement concevable, il appert que la situation qui pourrait se faire jour pourrait mener à un résultat tout à fait opposé. Je n'ai été saisi d'aucune preuve montrant qu'un permis ou autorisation fédéral soit nécessaire. Dans ce cas, l'examen et la protection que ce pouvoir décisionnel est censé garantir ne servent à rien du tout. Quoiqu'il en soit, si l'on accepte l'argument de l'État fédéral qui affirme sa volonté de remplir son obligation envers les peuples autochtones de ce pays, on comprend mal son refus de remplir l'obligation qu'il a initialement contractée par la Convention BJNQ.

L'avocat de la Couronne soutient aussi que, si la Convention BJNQ porte à confusion ou se prête à deux interprétations possibles, il faut l'interpréter de telle façon qu'un domaine de compétence n'empiète

not intrude upon the other. In light of the fiduciary obligation imposed upon the federal government in its dealing with the native population, I perceive no ambiguity; the Agreement mandates the protection of the aboriginal people who relinquished substantial rights in return for the protection of both levels of government.

Crown counsel also pointed out to me that *Sparrow, supra*, does not distinguish between the federal and provincial Crown; that the provincial authorities are also responsible for protecting the rights of the native population. I agree. I am not suggesting that the province of Quebec will not be vigilant *vis-à-vis* the Cree or Inuit populations. However, the issue with which I am charged is to determine the responsibility of the federal government and whether or not it should live up to its responsibility.

In conclusion, it was apparent that throughout this debate the intervenors were satisfied that the project was primarily within the provincial domain and they took the position that a parallel federal assessment and review was unnecessary and may amount to undue interference in provincial jurisdiction. That may be so, but what they fail to consider is that 16 years ago all parties obviously realized that there were areas exclusive to the federal domain which could be affected by any future development; that further development of Northern Quebec would certainly implicate the Inuit and Cree communities. As a result, the 1975 Agreement fully recognized that at some future date two jurisdictions would be involved, as well as the aboriginal people; all parties were cognizant of the necessity of reducing to writing a procedure for future cooperation. I find it incomprehensible that on the one hand the intervenors, the Attorney General for Quebec and Hydro-Québec declare themselves bound to abide by the JBNQ Agreement, but on the other hand other signatories to the same Agreement are excluded.

Notwithstanding the foregoing, I would caution all parties to proceed in a cooperative spirit. It is in the Crees' best interests to participate with parties wishing to consult with them in relation to environmental impact study. Incidents such as the Crees' inhospita-

pas sur l'autre. À la lumière de l'obligation fiduciaire qui incombe à l'État fédéral dans ses rapports avec les peuples autochtones, je ne vois aucune ambiguïté: la Convention rend obligatoire la protection des peuples autochtones qui ont renoncé à des droits importants en échange de la protection des deux ordres de gouvernement.

L'avocat de la Couronne fait encore valoir que l'arrêt *Sparrow*, précité, ne distingue pas entre la Couronne fédérale et la Couronne provinciale, et qu'il incombe également aux autorités provinciales de protéger les droits de la population autochtone. J'en conviens. Je ne dis pas que la province de Québec sera négligente à l'égard des populations crie ou inuit. Cependant, ce que je suis appelé à décider en l'espèce, c'est quelle est la responsabilité de l'État fédéral et s'il doit s'en acquitter.

En conclusion, il appert que tout au long de ce débat, les intervenants étaient convaincus que le projet relevait au premier chef de la compétence provinciale, et qu'en conséquence, un processus d'évaluation fédérale parallèle serait inutile et pourrait constituer une ingérence abusive dans un domaine de compétence provinciale. Cela se peut, mais ce qu'ils ont oublié, c'est qu'il y a 16 ans, les parties étaient manifestement conscientes qu'il y avait des domaines de compétence fédérale exclusive qui pourraient être affectés par des développements futurs, et que toute nouvelle mise en valeur du Nord québécois toucherait certainement les collectivités inuit et crie. C'est pourquoi la Convention de 1975 exprimait pleinement la conscience qu'à un moment donné, les deux ordres de gouvernement y seraient partie, de même que les peuples autochtones; toutes les parties étaient conscientes de la nécessité de consigner par écrit un processus de coopération pour l'avenir. Je n'arrive pas à comprendre que, d'une part, les intervenants, savoir le procureur général du Québec et Hydro-Québec, se déclarent tenus de respecter la Convention BJNQ mais, d'autre part, que les autres signataires soient exclus.

Malgré ce qui précède, j'engage toutes les parties à faire preuve de coopération. Il est conforme à l'intérêt des Cris de se joindre aux parties qui tiennent à les consulter au sujet de l'étude des répercussions sur l'environnement. Il ne faut pas que se reproduisent

ble reception of members of the Kativik Commission at the Kuujjuarapik airport on June 26 should not be repeated. The federal Administrator should determine as soon as is reasonably possible whether a federal environmental review is required and, if applicable, ^a the nature and extent of such review, pursuant to paragraphs 22.5.15 and 23.4.9 of the JBNQ Agreement. If the federal Administrator determines that a review is required, it must be carried out as expeditiously as possible. ^b

Costs to the applicants against the respondent, Raymond Robinson advised and represented here by the Attorney General of Canada. No costs to any of the intervenors. ^c

les incidents tels que la réception inhospitalière réservée par les Cris aux membres de la commission Kativik, à l'aéroport de Kuujjuarapik le 26 juin. L'administrateur fédéral doit décider dès que possible si un examen fédéral des répercussions sur l'environnement est nécessaire et, le cas échéant, décider de la nature et de l'ampleur de cet examen, conformément aux alinéas 22.5.15 et 23.4.9 de la Convention BJNQ. S'il décide qu'un examen est nécessaire, celui-ci doit être entrepris le plus rapidement possible.

Les requérants recouvreront leurs dépens auprès de l'intimé Raymond Robinson, conseillé et représenté par le procureur général du Canada. Aucun des intervenants n'aura droit aux dépens.

	A-911-90		A-911-90
The Attorney General of Canada (<i>Applicant</i>)		Le procureur général du Canada (<i>requérant</i>)	
v.		c.	
Gihane Mongrain (<i>Respondent</i>)		^a Gihane Mongrain (<i>intimée</i>)	
	A-914-90		A-914-90
Gihane Mongrain (<i>Applicant</i>)		Gihane Mongrain (<i>requérante</i>)	
v.		b	
Department of National Defence (<i>Respondent</i>)		c.	
and		c et	
Canadian Human Rights Commission (<i>Respondent</i>)		Commission canadienne des droits de la personne (<i>intimée</i>)	
<i>INDEXED AS: CANADA (MINISTER OF NATIONAL DEFENCE) v. MONGRAIN (C.A.)</i>		^d <i>RÉPERTORIÉ: CANADA (MINISTRE DE LA DÉFENSE NATIONALE) c. MONGRAIN (C.A.)</i>	
Court of Appeal, Hugessen, Desjardins and Décarv JJ.A.—Montréal, September 11; Ottawa, September 20, 1991.		^e Cour d'appel, juges Hugessen, Desjardins et Décarv, J.C.A.—Montréal, 11 septembre; Ottawa, 20 septembre 1991.	
<i>Human rights — Offer of extension of term employment withdrawn when employee seeking to exercise right to maternity leave without pay — Canadian Human Rights Act deeming discrimination for pregnancy sex discrimination — Review Tribunal under Canadian Human Rights Act empowered to overturn first instance tribunal only where error of law or manifest error in assessment of facts — Onus on complainant to make out prima facie case of discrimination — Doctrine of bona fide occupational requirement (BFOR) applying only to direct discrimination — Where BFOR exists, no duty of accommodation — Discrimination by adverse effect existing, independently of intent to discriminate, where apparently neutral requirement having prejudicial effect on persons in protected categories — Duty to accommodate affected employees if possible without undue interference in operations, excessive cost.</i>		^f <i>Droits de la personne — Offre de prolongation d'une nomination pour période déterminée retirée lorsque l'employée a voulu se prévaloir de son droit de prendre un congé de maternité non payé — En vertu de la Loi canadienne sur les droits de la personne, une distinction fondée sur la grossesse est réputée être une distinction fondée sur le sexe — Le tribunal d'appel constitué en vertu de la Loi canadienne sur les droits de la personne n'est investi du pouvoir d'infirmer la décision d'un tribunal de première instance qu'en cas d'erreur de droit ou d'erreur manifeste dans l'appréciation des faits — C'est au plaignant qu'incombe le fardeau d'établir une preuve prima facie de discrimination — La notion d'exigence professionnelle normale (EPN) ne s'applique qu'à la discrimination directe — En présence d'une EPN, il n'y a pas d'obligation d'accommodement — Il y a discrimination par suite d'un effet préjudiciable, indépendamment de l'intention d'exercer une discrimination, lorsqu'une exigence, neutre en apparence, produit un effet préjudiciable sur les personnes appartenant aux catégories protégées — Obligation de prendre des mesures raisonnables pour s'entendre avec les employés lésés, sans que cela n'entraîne l'exploitation de l'entreprise et n'impose des frais excessifs.</i>	
<i>Public service — Labour relations — Employee engaged under successive term appointments from January 1981 to April 1983 applying for maternity leave without pay — Leave granted for duration of one-month term — Employer offering further term subject to availability — Offer withdrawn when employee stating intent to take maternity leave as provided for in collective agreement — Availability to work normal term of</i>		^h <i>Fonction publique — Relations du travail — Employée nommée pour des périodes déterminées successives de janvier 1981 à avril 1983 ayant présenté une demande de congé de maternité non payé — Congé accordé pour une période d'un mois — L'employeur a offert une prolongation, sous réserve de disponibilité — L'offre a été retirée lorsque l'employée a fait part de son intention de prendre le congé de maladie prévu à</i>	

employment offer but discriminatory when offeree pregnant — Duty to accommodate in absence of undue hardship for employer.

These were section 28 applications against a decision of a Review Tribunal constituted under the *Canadian Human Rights Act*. That decision reversed the decision of the first instance tribunal that the applicant had not been discriminated against by reason of pregnancy. The Attorney General seeks review of the finding of discrimination: and Ms. Mongrain, the complainant at the first instance, seeks review of the decision not to order her reinstatement.

Ms. Mongrain worked for the Department of National Defence, teaching French as a second language. She had been employed under successive term appointments since January 5, 1981. As of April 12, 1985, her current term was scheduled to expire on April 30, 1985. That day, she applied for maternity leave without pay commencing April 22. On the same day, she was offered, and accepted, a new term for the period April 30 to May 24, 1985. On April 18, she was offered an appointment in extension of that one, to August 2, 1985. The letter of offer included, for the first time, an "availability" clause stating that the offer was conditional on her reporting for work on May 27, failing which the offer would be cancelled. That clause appeared only in offers to people known by the employer to be pregnant. On April 19, the employee was granted maternity leave for April 22 to May 24. On April 30, she wrote to accept the offer of an extension to August 2, but stated her intention to exercise her right to maternity leave under the collective agreement. The collective agreement provides for maternity leave without pay for up to 26 weeks. The employer replied that the offer of a term from May 24 to August 2 was withdrawn on the grounds that she would not meet the condition of availability set out in that offer.

After attempting other avenues of redress, Ms. Mongrain filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission. Section 3 of the *Canadian Human Rights Act* defines sex as a prohibited ground of discrimination and stipulates that discrimination because of pregnancy or childbirth is deemed to be discrimination on grounds of sex. The Human Rights Tribunal dismissed the complaint, apparently considering that the employer had no intention of discriminating and that the availability clause was a *bona fide* occupational requirement (BFOR). The Review Tribunal found that there was *prima facie* evidence of discrimination and no BFOR. It overturned the decision of the first instance tribunal, but did not order reinstatement, finding that Ms. Mongrain would not, in any event, have been offered further employment. Against that decision these section 28 applications are brought.

Held, the applications should be dismissed.

la convention collective — La disponibilité est une condition normale dans une offre d'emploi mais elle est discriminatoire lorsque la personne visée est enceinte — Existence d'une obligation d'accommodement vu l'absence de contrainte excessive pour l'employeur.

a Il s'agit de demandes faites en vertu de l'article 28 à l'encontre d'une décision d'un tribunal d'appel constitué en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Cette décision infirmait la décision du tribunal de première instance portant que la requérante n'avait pas été victime de discrimination en raison de sa grossesse. Le procureur général demande que soit révisée la conclusion qu'il y a eu discrimination; M^{me} Mongrain, plaignante en première instance, demande quant à elle la révision de la décision de ne pas ordonner sa réintégration.

b M^{me} Mongrain travaillait au ministère de la Défense nationale où elle enseignait le français langue seconde. Elle avait été nommée pour des périodes déterminées successives depuis le 5 janvier 1981. Au 12 avril 1985, la période d'emploi en cours devait se terminer le 30 avril suivant. Ce jour-là, elle a présenté une demande de congé de maternité non payé à compter du 22 avril. Le même jour, on lui a offert un renouvellement pour une autre période déterminée, soit du 30 avril au 24 mai 1985, offre qu'elle a acceptée. Le 18 avril, on lui a offert de prolonger sa nomination jusqu'au 2 août 1985. L'offre incluait, pour la première fois, une clause de «disponibilité» portant que l'offre était conditionnelle à sa présence au travail le 27 mai, à défaut de quoi elle serait annulée. Cette clause ne figurait que dans les offres faites à des personnes qui, à la connaissance de l'employeur, étaient enceintes. Le 19 avril, l'employée a obtenu un congé de maternité pour la période du 22 avril au 24 mai. Le 30 avril, elle a accepté par écrit l'offre de prolongation jusqu'au 2 août, tout en exprimant son intention de se prévaloir de son droit au congé de maternité en vertu de la convention collective. Cette dernière prévoit la possibilité de prendre un congé de maternité non payé pour une période d'au plus 26 semaines. L'employeur a répondu que l'offre de prolongation du 24 mai au 2 août était retirée parce que l'employée n'allait pas remplir la condition de disponibilité qui y était stipulée.

c Après avoir tenté d'exercer des recours devant d'autres instances, M^{me} Mongrain a porté plainte devant la Commission canadienne des droits de la personne. L'article 3 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* fait du sexe un motif illicite de distinction et dispose qu'une distinction fondée sur la grossesse ou l'accouchement est réputée être fondée sur le sexe. Le tribunal des droits de la personne a rejeté la plainte, considérant apparemment que l'employeur n'avait aucune intention d'exercer une discrimination et que la clause de disponibilité était une exigence professionnelle normale (EPN). Le tribunal d'appel a conclu pour sa part à l'existence d'une preuve *prima facie* de discrimination et à l'absence d'EPN. Il a infirmé la décision du tribunal de première instance mais, estimant que M^{me} Mongrain n'aurait pas reçu, de toute façon, une autre offre d'emploi, il n'a pas ordonné sa réintégration. C'est à l'encontre de cette décision qu'ont été présentées les demandes fondées sur l'article 28.

Arrêt: les demandes devraient être rejetées.

A complainant before a Human Rights Tribunal must present *prima facie* evidence of discrimination, and then the onus moves to the respondent. Although the appeal tribunal was mistaken in saying that the complainant had only to affirm reasonable grounds to believe she had been discriminated against, that error does not invalidate the decision because, in any event, the appeal tribunal did find that Ms. Mongrain had made out a *prima facie* case of discrimination. The factual basis for her complaint is not in dispute.

The powers of a review tribunal under the Act to intervene in the first instance decision are analogous to those of a court of appeal in the judicial hierarchy; that is, it may only overturn the decision if there is either an error of law or a manifest error in the assessment of the facts. In this case the review tribunal correctly identified both kinds of error in the first level decision. On the uncontested facts, the action of the employer had a discriminatory effect on the complainant—what is known as discrimination by adverse effect. The respondent's plea of *bona fide* occupational requirement is not relevant, the BFOR doctrine having no application to discrimination by adverse effect.

The notion of a BFOR applies only to cases of direct discrimination, that is, where the discriminatory action is based directly upon a prohibited ground. Such discrimination can be justified only by the employer's establishing a BFOR and, if it does, there can be no question of a duty of accommodation, since the discriminatory practice is justified in its application to the entire class of employees. The duty to accommodate arises only in case of discrimination by adverse effect, where there is a rule which appears not to be based on a prohibited ground but which, in spite of its apparent neutrality, has prejudicial effects on certain persons in the categories protected by human rights legislation. Invariably, the group suffering prejudice is smaller than that to which the rule applies and may, indeed, be composed of a single complainant. No issue of justification arises, and the rule is maintained in place as regards all except the person(s) on whom it would have a discriminatory effect. For those persons the employer has a duty to adopt such measures of accommodation as will not interfere unduly with the operation of the undertaking or entail excessive cost.

Here, the availability clause and the rule that employees be ready to report to work are normal terms of the employment relationship. Their application to pregnant employees who wished to exercise their right to maternity leave without pay, however, had a discriminatory effect. The onus is on the employer to show it has met its duty of accommodation, in so far as that does not create undue hardship for the employer. It is difficult to imagine how granting the employee further leave without pay could have created any hardship for the employer.

The refusal of the review tribunal to order reinstatement was based on a finding of fact to the effect that, even if Ms. Mon-

Devant un tribunal des droits de la personne, le plaignant doit établir une preuve *prima facie* de discrimination, après quoi il y a renversement du fardeau sur l'intimé. Bien que le tribunal d'appel ait commis une erreur en disant qu'il suffisait pour la plaignante d'affirmer qu'elle avait des motifs raisonnables de croire qu'un acte discriminatoire avait été commis à son endroit, cette erreur n'invalide pas la décision puisque le tribunal a, malgré cela, estimé que M^{me} Mongrain avait établi une cause *prima facie* de discrimination. Les faits sur lesquels repose la plainte ne sont pas contestés.

Les pouvoirs d'intervention d'un tribunal d'appel, constitué en vertu de la Loi, à l'égard de la décision rendue en première instance sont analogues à ceux exercés par une cour d'appel dans la hiérarchie judiciaire, c'est-à-dire qu'il ne peut infirmer la décision qu'en cas d'erreur de droit ou d'erreur manifeste dans l'appréciation des faits. En l'espèce, le tribunal d'appel a bien identifié les deux sortes d'erreurs commises dans la décision de première instance. D'après les faits non contestés, la politique de l'employeur a eu un effet discriminatoire sur la plaignante—ce qu'on appelle une discrimination indirecte. La prétention de l'intimé quant à l'existence d'une exigence professionnelle normale n'est pas pertinente, cette notion ne s'appliquant pas à la discrimination indirecte.

La notion d'EPN s'applique seulement aux cas de discrimination directe, c'est-à-dire aux cas où l'acte discriminatoire est fondé directement sur un motif illicite. Cette discrimination ne peut être justifiée que si l'employeur établit l'existence d'une EPN et, s'il y réussit, il ne peut être question d'un devoir d'accommodement puisque la règle discriminatoire est alors justifiée dans son application à une catégorie entière d'employés. L'obligation d'accommodement n'entre en ligne de compte que dans les cas de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, là où existe une règle qui, malgré sa neutralité apparente, produit des effets préjudiciables à l'égard de certaines personnes qui appartiennent aux catégories protégées par les lois sur les droits de la personne. Le groupe des personnes qui subissent un effet préjudiciable est toujours plus petit que le groupe auquel la règle s'applique et peut, dans les faits, se composer d'un seul plaignant. Aucune justification n'est alors nécessaire et la règle est maintenue en ce sens qu'elle s'appliquera à tous sauf aux personnes sur lesquelles elle aurait un effet discriminatoire. À l'égard de ces personnes, l'employeur a l'obligation de procéder aux accommodements nécessaires dans la mesure où cela n'entrave pas indûment l'exploitation de l'entreprise ou ne lui impose pas des frais excessifs.

En l'espèce, la clause de disponibilité et la règle voulant que les employés soient prêts à se présenter au travail sont des conditions normales de travail. Toutefois, leur application à des employées enceintes voulant se prévaloir de leur droit de prendre un congé de maternité sans solde a produit un effet discriminatoire. Il appartient alors à l'employeur de démontrer qu'il a respecté son obligation d'accommodement, dans la mesure où cela ne comporte pas une contrainte excessive. Il est difficile d'imaginer quelle sorte de contrainte le fait d'accorder un autre congé sans solde pourrait causer à l'employeur.

Le refus du tribunal d'appel d'ordonner la réintégration était fondé sur une conclusion de fait selon laquelle, même si M^{me}

grain had been kept on the availability list, she would not have had contracts subsequent to the one containing the discriminatory clause. Since there was evidence to support this finding, and it is consistent with the findings of fact at the first instance, the Court may not intervene under paragraph 28(1)(c).

Mongrain avait été maintenue sur la liste de disponibilité, elle n'aurait pas eu d'autres contrats subséquents à celui contenant la clause discriminatoire. Cette conclusion trouvant appui dans certains éléments de la preuve et étant conforme aux conclusions de fait tirées par le tribunal de première instance, la Cour ne peut intervenir en vertu de l'alinéa 28(1)c).

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 3(1),(2), 7. *b*

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 25.

Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, s. 2(g). *c*

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), chap. H-6, art. 3(1),(2), 7.

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.

Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), chap. P-33, art. 25.

Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), chap. P-35, art. 2g).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission), [1990] 2 S.C.R. 489; (1990), 33 C.C.E.L. 1. *d*

CONSIDERED:

Latif v. Canadian Human Rights Commission, [1980] 1 F.C. 687; (1979), 105 D.L.R. (3d) 609; 79 CLLC 14,223; 28 N.R. 494 (C.A.). *e*

REFERRED TO:

Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke, [1982] 1 S.C.R. 202; (1982), 132 D.L.R. (3d) 14; 82 CLLC 17,005; 40 N.R. 159. *f*

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission), [1990] 2 R.C.S. 489; (1990), 33 C.C.E.L. 1.

DÉCISION EXAMINÉE:

Latif c. La Commission canadienne des droits de la personne, [1980] 1 C.F. 687; (1979), 105 D.L.R. (3d) 609; 79 CLLC 14,223; 28 N.R. 494 (C.A.).

DÉCISION CITÉE:

Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke, [1982] 1 R.C.S. 202; (1982), 132 D.L.R. (3d) 14; 82 CLLC 17,005; 40 N.R. 159.

APPEARANCE:

Gérard Mongrain on behalf of respondent/applicant, Gihane Mongrain. *g*

A COMPARU:

Gérard Mongrain pour l'intimée-requérante, Gihane Mongrain.

COUNSEL:

J. LeVasseur for applicant/respondent, Minister of National Defence. *h*

François Lumbu for respondent, Canadian Human Rights Commission.

AVOCATS:

J. LeVasseur pour le requérant-intimé, le ministre de la Défense nationale.

François Lumbu pour l'intimée, la Commission canadienne des droits de la personne.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for applicant/respondent, Minister of National Defence. *i*

Canadian Human Rights Commission, Ottawa, for respondent, Canadian Human Rights Commission. *j*

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour le requérant-intimé, le ministre de la Défense nationale.

Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa, pour l'intimée, la Commission canadienne des droits de la personne.

ON BEHALF OF RESPONDENT/APPLICANT:

Gérard Mongrain, St-Jean-sur-Richelieu,
Quebec.

*The following is the English version of the reasons
for judgment rendered by*

HUGESSEN J.A.: These are two applications brought under section 28 [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7] from a decision of a Review Tribunal established under the *Canadian Human Rights Act*.¹ The subject decision set aside an earlier decision made by the original Tribunal established under that Act, and allowed the complainant's appeal, declaring that she had been the victim of discrimination based on the fact that she was pregnant. The Attorney General is asking us to review the decision of the Review Tribunal and restore the decision of the original Tribunal which had dismissed the complaint of discrimination. The complainant, Ms. Mongrain, is asking us to review that portion of the decision of the Review Tribunal which refused to order that she be reinstated in her employment.

Ms. Mongrain, the complainant, had been employed as a teacher of French as a second language at the St-Jean military base since January 5, 1981. However, she had never been appointed for an indeterminate period, but rather for successive fixed periods. As a result, and in accordance with section 25 of the *Public Service Employment Act*,² she lost her status as an employee upon the expiry of each period. Nonetheless, she was an "employee" within the meaning of the *Public Service Staff Relations Act*:³

2. . . .

"employee" means a person employed in the Public Service, other than

(g) a person employed on a casual or temporary basis, unless the person has been so employed for a period of six months or more,

As such, she benefited from the provisions of the collective agreement which applied in the situation.

¹ R.S.C., 1985, c. H-6.

² R.S.C., 1985, c. P-33.

³ R.S.C., 1985, c. P-35, s. 2(g).

POUR LE COMPTE DE L'INTIMÉE-REQUÉRANTE:

Gérard Mongrain, St-Jean-sur-Richelieu
(Québec).

Voici les motifs du jugement rendu en français par

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: Il s'agit de deux demandes faites en vertu de l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7] à l'encontre d'une décision d'un tribunal d'appel constitué en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*¹. La décision attaquée a infirmé une décision précédente rendue par un tribunal de première instance constitué en vertu de la même Loi et a accueilli le pourvoi de la plaignante en déclarant que celle-ci avait été victime de discrimination basée sur son état de grossesse. Le procureur général nous demande de réviser la décision du tribunal d'appel et de rétablir la décision du tribunal de première instance qui avait rejeté la plainte de discrimination. Pour sa part, la plaignante, M^{me} Mongrain, nous demande de réviser cette partie de la décision du tribunal d'appel qui a refusé d'ordonner sa réintégration dans son emploi.

M^{me} Mongrain, la plaignante, avait été employée comme professeur de français, langue seconde, à la base militaire de St-Jean depuis le 5 janvier 1981. Elle n'avait pas, toutefois, été nommée pour une période indéterminée mais plutôt pour des périodes déterminées successives. Par conséquent et conformément à l'article 25 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*², elle perdait sa qualité de fonctionnaire à l'expiration de chaque période. Elle était quand-même un «fonctionnaire» au sens de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*³:

2. . . .

«fonctionnaire» Personne employée dans la fonction publique, . . . mais à l'exclusion des personnes:

g) employées à titre occasionnel ou temporaire et ayant travaillé à ce titre pendant moins de six mois;

À ce titre elle bénéficiait des dispositions de la convention collective applicable en l'espèce.

¹ L.R.C. (1985), chap. H-6.

² L.R.C. (1985), chap. P-33.

³ L.R.C. (1985), chap. P-35, art. 2g).

At the beginning of April 1985, Ms Mongrain was working under an appointment which had taken effect on July 24, 1984 and was to terminate on April 30, 1985. On April 12, 1985 she informed her immediate superior that she wished to be absent from her work starting on Monday, April 22, 1985, because of her pregnancy, since her delivery date was expected to be in May.

On that same day, April 12, 1985, the employer had offered the complainant an "extension" of her employment, for a fixed period: from April 30, 1985 to May 24, 1985. This offer was accepted that same day.

On April 18, 1985 the employer again offered the complainant another "extension", this time for the period from May 24, 1985 to August 2, 1985. However, this offer was accompanied by an "availability" condition, which read as follows:

[TRANSLATION] Please confirm to us your availability to report to work on May 27, 85. It goes without saying that if you are not available on that date, this offer will be automatically cancelled. We shall then ask you to inform us of the date on which you would be available to take up duties, should we require your services. [Record, at page 1053.]

It is common ground, first, that this is the first time that an express condition of this nature was inserted in an offer of employment by the employer, and second, that this condition appeared only in offers to people who were, to the employer's knowledge, pregnant. On the other hand, the employer established to the satisfaction of the Tribunal that it would have imposed this condition on any employee who had stated his or her intention not to report to work for the entire term of the contract.

On April 19, 1985, the complainant submitted a formal request for leave covering the entire period from April 22, 1985 to May 24, 1985, the end of the contract she had just accepted. This request was granted that same day. Part of the leave granted, representing sick days and other similar benefits, was paid, but another part, by far the larger, running from April 29, 1985 (before the end of the then current period of employment) to May 24, 1985 (the end of the next period of employment), was unpaid mater-

Au début d'avril 1985 M^{me} Mongrain travaillait en vertu d'une nomination qui avait pris effet le 24 juillet 1984 et allait se terminer au 30 avril 1985. Le 12 avril 1985 elle a informé son supérieur immédiat qu'elle désirait s'absenter de son travail à compter du lundi 22 avril 1985 en raison de sa grossesse, son accouchement étant prévu pour le mois de mai.

Le même jour, le 12 avril 1985, l'employeur avait offert à la plaignante une «prolongation» de son emploi pour une période déterminée, soit du 30 avril 1985 au 24 mai 1985. Cette offre a été acceptée le même jour.

Le 18 avril 1985 l'employeur a offert à la plaignante encore une autre «prolongation», cette fois-ci pour la période du 24 mai 1985 au 2 août 1985. Cette offre, toutefois, est assortie d'une condition de «disponibilité» qui se lit comme suit:

Vous voudrez bien nous confirmer votre disponibilité pour vous présenter au travail le 27 mai 85. Il va sans dire que si vous n'êtes pas disponible à cette date, cette offre sera automatiquement annulée et nous vous demanderions alors de nous préciser la date à laquelle vous seriez disponible pour entrer en fonction si on devait avoir recours à vos services éventuellement. [Dossier, à la page 1053.]

Il est constant aux débats, d'une part, que c'est la première fois qu'une condition expresse de cette nature est insérée dans une offre d'emploi faite par l'employeur et, d'autre part, que cette condition ne figurait que dans les offres faites à des personnes qui, à la connaissance de l'employeur, étaient enceintes. Par contre, l'employeur a établi à la satisfaction du tribunal qu'il aurait imposé cette même condition à tout employé qui aurait déclaré son intention de ne pas se présenter au travail pour toute la durée du contrat.

Le 19 avril 1985 la plaignante a formulé une demande formelle de congé couvrant toute la période du 22 avril 1985 jusqu'au 24 mai 1985, soit la fin du contrat qu'elle venait d'accepter. Cette demande est accueillie le même jour. Une partie du congé accordé, représentant des jours de maladie et d'autres bénéfices semblables, a été payée mais une autre partie, de loin la plus importante, allant du 29 avril 1985 (soit avant la fin de la période d'emploi en cours) jusqu'au 24 mai 1985 (soit la fin de la prochaine période

nity leave. This leave was granted under section 15.06 of the collective agreement:

15.06 Maternity leave without pay

- (a) An employee who becomes pregnant shall notify the employer at least fifteen (15) weeks prior to the expected date of the termination of her pregnancy and, subject to section (b) of this clause, shall, eleven (11) weeks before the expected date of the termination of her pregnancy be granted leave without pay for a period ending not later than twenty-six (26) weeks after the date of the term of her pregnancy subject to clause 15.07(d). [Record, at page 829.]

In fact, Ms. Mongrain was absent from her work and was not paid under this clause for the entire period in question.

On April 30, 1985 Ms. Mongrain replied to the offer that had been made to her in the letter of April 18, 1985. She accepted the offer for the entire period in question, from May 24, 1985 to August 2, 1985, but she added the following:

[TRANSLATION] However, I intend to exercise my right to maternity leave, as set out in section 15.06 of my collective agreement. [Record, at page 1055.]

On May 22, 1985, the employer replied:

[TRANSLATION] We acknowledge receipt of your letter of April 30, 1985. As you indicate in your letter, "I intend to exercise my right to maternity leave, as set out in section 15.06 of my collective agreement", it appears that we would have to understand that you will not report for work to teach on May 27, 1985 and so that you will not be available at the required time, as set out in our offer of employment of April 18, 1985.

Since this offer was conditional on your being present at work as of that day and on subsequent days, we find that we must withdraw this offer beyond May 24, 1985 because you are not available, in accordance with the previous offer of term employment from April 30, 1985 to May 24, 1985. [Record, page 1056.]

After a number of fruitless attempts to exercise remedies before other bodies (grievance under the *Public Service Staff Relations Act*, appeal under the *Public Service Employment Act*), Ms. Mongrain filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission. That complaint read as follows:

d'emploi), était un congé de maternité non payé. Ce congé était accordé en vertu de l'article 15.06 de la convention collective:

15.06 Congé de maternité non payé

- a) L'employée en état de grossesse en avertit l'employeur au moins quinze (15) semaines avant la date prévue de sa grossesse (sic!) et, sous réserve des dispositions du paragraphe b) de la présente clause, doit, onze (11) semaines avant la date prévue de la fin de sa grossesse, sous réserve de l'alinéa 15.07 d), bénéficier d'une période de congé non payé qui se termine au plus tard vingt-six (26) semaines après la date de la fin de sa grossesse. [Dossier, à la page 829.]

c) De fait, M^{me} Mongrain s'est absentée de son travail et n'a pas été payée en vertu de cette clause pour toute la période prévue.

d) En date du 30 avril 1985 M^{me} Mongrain a répondu à l'offre qui lui avait été faite dans la lettre du 18 avril 1985. Elle accepte l'offre pour toute la période prévue, soit du 24 mai 1985 au 2 août 1985, mais elle ajoute ce qui suit:

e) Toutefois, je vais me prévaloir de mes droits au congé de maternité tel que stipulé dans l'article 15.06 de ma convention collective. [Dossier, à la page 1055.]

f) Et de répondre l'employeur en date du 22 mai 1985:

g) Nous accusons réception de votre lettre du 30 avril 1985. Tel que vous l'indiquez dans votre lettre soit: «je vais me prévaloir de mes droits au congé de maternité tel que stipulé à l'article 15.06 de ma convention collective», il appert qu'il faudrait entendre que vous ne vous présenterez pas au travail pour enseigner le 27 mai 1985 et qu'alors vous ne serez pas disponible au moment requis comme stipulé dans notre offre d'emploi du 18 avril 1985.

h) Puisqu'il s'agissait d'une offre conditionnelle à votre présence au travail à compter de ce jour et pour les jours subséquents nous nous voyons dans l'obligation de retirer cette offre au delà du 24 mai 1985 dû à votre non disponibilité et ce, en conformité avec l'offre antérieure d'emploi déterminé du 30 avril 1985 au 24 mai 1985. [Dossier, à la page 1056.]

i) Après certaines tentatives infructueuses d'exercer des recours devant d'autres instances (grief en vertu de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, appel en vertu de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*), M^{me} Mongrain a porté plainte devant la Commission canadienne des droits de la personne. Cette plainte se lisait comme il suit:

[TRANSLATION] I have reasonable grounds to believe that the Department of National Defence discriminated against me because of my pregnancy, in violation of section 7 of the Canadian Human Rights Act. The employer withdrew the offer of employment it had made me for the period from May 24, 1985 to August 2, 1985, citing my unavailability. However, this very employer renewed the contract of another employee who was unavailable for another reason. I therefore believe I was treated differently because of my pregnancy. [Record, at page 1045.]

It will be useful to reproduce sections 3 and 7 of the *Canadian Human Rights Act* here:

3.(1) For all purposes of this Act, race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, marital status, family status, disability and conviction for which a pardon has been granted are prohibited grounds of discrimination.

(2) Where the ground of discrimination is pregnancy or child-birth, the discrimination shall be deemed to be on the ground of sex.

7. It is a discriminatory practice, directly or indirectly,

(a) to refuse to employ or continue to employ any individual, or

(b) in the course of employment, to differentiate adversely in relation to an employee,

on a prohibited ground of discrimination.

This complaint was heard, first, by a Human Rights Tribunal composed of a single member. On June 30, 1988, after four days of hearing in January and February 1988, that Tribunal dismissed the complaint. It is difficult to summarize the reasons of the initial Tribunal in a few lines, but I believe that I do it justice by saying that its primary reason was that the complainant had no right to be rehired at the end of her last period of employment, on May 24, 1985, and that the employer had no intention of discriminating against her. The Tribunal also seems to have seen in the availability clause quoted above a "bona fide occupational requirement" (BFOR) within the meaning of the Act.

Up to this point in the story, Ms. Mongrain had been acting in concert with two of her women colleagues who had been in a situation more or less identical to hers. However, after their complaints were dismissed at first instance by the Human Rights Tribunal, the two others abandoned the fight. Ms.

J'ai des motifs raisonnables de croire que le Ministère de la Défense Nationale m'a traitée de façon discriminatoire en raison de ma grossesse contrairement à la Loi canadienne sur les droits de la personne en vertu de l'article 7. L'employeur a retiré l'offre d'emploi qu'il m'avait faite du 24 mai 1985 au 2 août 1985 en invoquant ma non disponibilité. Cependant, ce même employeur a renouvelé le contrat d'une autre employée non disponible pour une autre raison. J'estime donc avoir subi un traitement différent à cause de ma grossesse. [Dossier, à la page 1046.]

Il convient de reproduire ici les articles 3 et 7 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*:

3.(1) Pour l'application de la présente loi, les motifs de distinction illicite sont ceux qui sont fondés sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée ou la déficience.

(2) Une distinction fondée sur la grossesse ou l'accouchement est réputée être fondée sur le sexe.

7. Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait, par des moyens directs ou indirects:

a) de refuser d'employer ou de continuer d'employer un individu;

b) de le défavoriser en cours d'emploi.

Cette plainte a été jugée, dans un premier temps, par un tribunal des droits de la personne composé d'un seul membre. Après quatre jours d'audience en janvier et février 1988 ce tribunal a, le 30 juin 1988, rejeté la plainte. Il est difficile de résumer en quelques lignes les motifs du tribunal de première instance mais je crois lui rendre justice en disant que son principal motif était que la plaignante n'avait aucun droit d'être réengagée à la fin de sa dernière période d'emploi, soit le 24 mai 1985 et que l'employeur n'avait aucune intention de discriminer contre elle. Le tribunal semble également avoir vu dans la clause de disponibilité précitée une «exigence professionnelle normale» (EPN) au sens de la loi.

Jusqu'à ce point dans l'histoire, M^{me} Mongrain avait fait cause commune avec deux de ses consœurs qui avaient été dans une situation à peu près identique à la sienne. Toutefois, après le rejet de leurs plaintes en première instance par le tribunal des droits de la personne, les deux autres ont abandonné la lutte.

Mongrain was therefore the only one who took the matter before a Review Tribunal as provided in the *Canadian Human Rights Act*.

The Review Tribunal, composed of three people, held hearings during March 1989 and made a decision dated June 26, 1990, but apparently filed only on October 12 of that year. It is that decision which is the subject-matter of the two section 28 applications.

The Review Tribunal decided "that the original Tribunal was clearly and plainly wrong in its assessment of the evidence" (Record, at page 1555). More particularly, the Review Tribunal was of the opinion that the original Tribunal had erred by not giving effect to the testimony given by representatives of the employer who stated that another employee, Ms. Landry, who was not pregnant, had not been treated in the same manner as the complainant, and that the availability clause had been imposed for the first time in the complainant's case, and solely in respect of pregnant employees. The Review Tribunal was of the opinion that there was *prima facie* evidence of discrimination and that the employer had not proved that the availability clause was a "*bona fide* occupational requirement"⁴ or that it had fulfilled its duty of accommodation.

The Review Tribunal concluded that the complainant had been the victim of indirect discrimination, or discrimination by adverse effect. However, being of the opinion that even if the complainant had not been the victim of discrimination, she would still not have received an offer of employment after August 2, 1985, the Review Tribunal refused to order that she be reinstated and ordered that the employer pay her compensation in the amount of \$3,500 for pain and suffering.

The applicant, the Attorney General, attacks the decision of the Review Tribunal on four grounds.⁵

⁴ The expression, "*exigence professionnelle réelle*", which is repeated several times in the decision of the appeal tribunal, undoubtedly means "*exigence professionnelle normale*" as in the case law or "*exigence professionnelle justifiée*" ["*bona fide* occupational requirement"] as in s. 15 of the Act.

⁵ A fifth ground dealing with the order to pay damages is set out in the memorandum of the Attorney General, but was not argued at the hearing.

Donc, M^{me} Mongrain a été la seule à porter l'affaire devant un tribunal d'appel tel que prévu dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

a Le tribunal d'appel composé de trois personnes a tenu des audiences au mois de mars 1989 et a rendu une décision datée du 26 juin 1990 mais apparemment déposée seulement le 12 octobre de la même année. C'est cette dernière décision qui fait l'objet b des deux demandes faites en vertu de l'article 28.

c Le tribunal d'appel a décidé «que le tribunal de première instance a erré de façon manifestement évidente dans l'appréciation de la preuve qui lui a été soumise» (Dossier, à la page 1555). Plus particulièrement, le tribunal d'appel était d'avis que le tribunal de première instance avait erré en ne donnant pas suite aux témoignages rendus par les représentants de l'employeur à l'effet qu'une autre employée, M^{me} Landry, qui n'était pas enceinte, n'avait pas été traitée de la même façon que la plaignante et que la clause de disponibilité avait été imposée pour la première fois dans le cas de la plaignante et seulement à l'égard d'employées enceintes. Le tribunal d'appel est d'avis qu'il y avait une preuve *prima facie* de discrimination et que l'employeur n'avait pas prouvé que la clause de disponibilité était une «exigence professionnelle réelle»⁴ ni qu'il avait rempli son devoir f d'accommodement.

g La conclusion du tribunal d'appel était que la plaignante avait été victime d'une discrimination indirecte ou par effet préjudiciable. Étant, toutefois, d'avis que, même si la plaignante n'avait pas été victime de discrimination, elle n'aurait pas quand même reçu une autre offre d'emploi après le 2 août 1985, le tribunal d'appel a refusé d'ordonner sa réintégration et a condamné l'employeur à lui payer une indemnité h d'un montant de 3 500 \$ pour préjudice moral.

Le requérant, le procureur général, s'en prend à la décision du comité d'appel pour quatre motifs⁵.

⁴ Cette expression, qui est répétée à plusieurs reprises dans la décision du tribunal d'appel, veut sans doute signifier «l'exigence professionnelle normale» de la jurisprudence (EPN) ou «l'exigence professionnelle justifiée» [en anglais «*bona fide* occupational requirement»] de l'art. 15 de la Loi.

⁵ Un cinquième motif touchant la condamnation aux dommages est mentionné dans le mémoire du procureur général mais n'a pas été repris à l'audience.

First, the Attorney General submits that the Review Tribunal erred in law in respect of the burden of proof. There is no doubt that the Attorney General is correct on this point, because the Review Tribunal, citing on this point the decision of this Court in *Latif v. Canadian Human Rights Commission*,⁶ had expressed the opinion that it was sufficient for the complainant to affirm reasonable grounds for belief that she was a victim of a discriminatory practice, and that at that point the burden of proof shifted to the employer. This is a double error: first, *Latif* does not deal at all with the burden of proof before the Human Rights Tribunal, but rather with the obligation the Commission had at that time to investigate a complaint; second, it has long been established in the case law that the burden on the complainant before the Human Rights Tribunal is to establish *prima facie* evidence.⁷

However, while the error is real, it is of no consequence, for two reasons.

First, the question of the burden of proof simply does not arise in the circumstances. The Review Tribunal was required to rule on the record established before the initial Tribunal, where both parties had the opportunity to present all the evidence they wished to present. Moreover, the facts in this case are really not contested, and it is not a question of one party or the other succumbing because it failed to present evidence on some point.

Second, although the Review Tribunal erred in its interpretation of *Latif*, it is obvious on reading its decision that, despite the error, it in fact decided that the complainant's evidence was sufficient to establish a *prima facie* case:

We are of the opinion that, as soon as the original Tribunal heard the employer's testimony to the effect that Ms Landry had been treated differently from the complainants, it should have found the allegations of discrimination in the complaint to be substantiated, or at least made a finding of *prima facie*

Dans un premier temps, le procureur général allègue que le tribunal d'appel a commis une erreur de droit en ce qui concerne le fardeau de la preuve. Il ne fait aucun doute que le procureur général a raison sur ce point parce que le tribunal d'appel, citant à cet égard la décision de notre Cour dans l'affaire *Latif c. La Commission canadienne des droits de la personne*,⁶ avait exprimé l'opinion qu'il suffisait pour la plaignante d'affirmer qu'elle a des motifs raisonnables de croire qu'un acte discriminatoire a été commis à son endroit et que, dès lors, le fardeau de la preuve est déplacé vers l'employeur. L'erreur est double: d'une part, l'affaire *Latif* ne traite pas du tout du fardeau de la preuve devant le tribunal des droits de la personne mais plutôt de l'obligation qu'avait la Commission à l'époque d'enquêter sur une plainte; d'autre part, la jurisprudence a depuis longtemps établi que le fardeau de la plaignante devant le tribunal des droits de la personne est d'établir une preuve *prima facie*.⁷

L'erreur, toutefois, si réelle soit-elle, est sans conséquence et ceci pour deux raisons.

Premièrement, la question du fardeau de la preuve ne se soulève tout simplement pas dans les circonstances. Le tribunal d'appel était appelé à statuer sur le dossier tel que constitué devant le tribunal de première instance où les deux parties avaient eu l'opportunité de présenter toute la preuve qu'elles voulaient présenter. D'ailleurs, les faits dans la présente affaire ne sont vraiment pas contestés et il n'est pas question que l'une ou l'autre partie succombe parce qu'elle a fait défaut de présenter une preuve sur une question quelconque.

Deuxièmement, même si le comité d'appel a erré dans son interprétation de l'arrêt *Latif*, il est évident à la lecture de sa décision que, malgré son erreur, il a, en fait, décidé que la preuve de la plaignante suffisait pour établir une cause *prima facie*:

Il est de notre opinion que dès que le juge de première instance a reçu la preuve de l'employeur à l'effet que madame Landry avait reçu un traitement différent de celui des plaignantes, il aurait dû conclure que les allégations de discrimination qui formaient les plaintes étaient fondées. Tout au moins

⁶ [1980] 1 F.C. 687 (C.A.).

⁷ For example, see *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, at p. 208.

⁶ [1980] 1 C.F. 687 (C.A.).

⁷ À titre d'exemple voir *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, à la p. 208.

evidence, which would have shifted the burden of proof onto the employer. The employer would then have had to establish a *bona fide* occupational requirement which applied to all its employees, in accordance with the precedents noted above. [Record, at page 1559.]

Accordingly, this first ground should not be upheld.

It is appropriate to consider the Crown's second and third arguments together; they are worded as follows in its memorandum:

[TRANSLATION] . . . the Review Tribunal erred in law

(2) by intervening in the absence of any manifest error by the original Tribunal;

(3) by failing to ask whether the original Tribunal had erred in concluding that there was no discrimination, and by concluding that the employer had committed a discriminatory act; [Applicant's Memorandum of fact and law, at page 10.]

It is correct to state that the powers of a Review Tribunal established under the *Canadian Human Rights Act* are analogous to those of a court of appeal in the ordinary judicial hierarchy. Accordingly, the Attorney General is correct in stating that the Review Tribunal could only intervene if there were an error of law or manifest error in assessing the facts. In any event, however, the Review Tribunal in the case at bar correctly identified the two kinds of error which enable it to intervene.

The uncontested facts clearly show that the employer's policy had an adverse effect on the complainant. This was therefore what is commonly called "indirect" discrimination, and the conclusions of the original Tribunal dealing with the absence of intent to discriminate on the part of the employer (direct discrimination) were simply not relevant in resolving the case.

This is how the Review Tribunal explained why it decided to intervene in the decision at first instance:

In conclusion, it seems very clear to us that the reason behind the availability clause was the fact that the complainants, and the appellant in particular, were pregnant. In addition, we should not forget that the authorities are very exacting, given the goals and very nature of human rights legislation,

conclure à une preuve *prima facie* qui aurait pour effet de renverser le fardeau de preuve sur l'employeur qui alors devait, selon la jurisprudence énoncer (sic) plus haut, démontrer une exigence professionnelle réelle s'appliquant à tous ses employées (sic). [Dossier, à la page 1559.]

Ce premier motif ne devrait pas donc être retenu.

Il convient de traiter ensemble des deuxième et troisième arguments du ministère public qui sont libellés comme il suit dans son mémoire:

. . . le Tribunal d'appel a erré en droit

2) en intervenant en l'absence d'une erreur manifeste du tribunal de première instance;

3) en omettant de se demander si le tribunal de première instance avait erré en concluant à l'absence de discrimination et en concluant à la commission d'un acte discriminatoire par l'employeur; [Exposé des faits et du droit du requérant, à la page 10.]

Il est exact d'affirmer que les pouvoirs d'intervention d'un tribunal d'appel constitué en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* sont analogues à ceux exercés par une Cour d'appel dans l'hierarchie judiciaire ordinaire. Conséquemment, le procureur général a raison d'affirmer que le tribunal d'appel ne pouvait intervenir qu'en cas d'erreur de droit ou d'erreur manifeste dans l'appréciation des faits. Il reste, toutefois, que le tribunal d'appel, dans le présent cas, a bien identifié les deux sortes d'erreurs qui lui permettent d'intervenir.

Les faits non contestés démontraient bien que la politique de l'employeur a eu un effet préjudiciable sur la plaignante. Il s'agissait donc de ce qu'on appelle communément la discrimination «indirecte» et les conclusions du tribunal de première instance portant sur l'absence chez l'employeur d'une intention de discriminer (la discrimination directe) étaient tout simplement non pertinentes à la solution du litige.

Voici comment le tribunal d'appel a expliqué pourquoi il a décidé d'intervenir dans la décision de première instance:

En résumé, il nous apparaît très clairement que l'état de grossesse des plaignantes et par surcroît de l'appelante est à l'origine de l'apparition de la clause de disponibilité. De plus, il ne faut pas oublier que la jurisprudence est très exigeante compte tenu des buts et de la nature même d'une Loi sur les

and do not require that the discrimination being complained of be intentional or premeditated, but only that it exist. This is referred to as adverse effect discrimination.

In light of the foregoing, and from the testimony given at the first hearing and the arguments we have heard, we conclude that the original Tribunal was clearly and plainly wrong in its assessment of the evidence, which led it to an incorrect finding with regard to the assessment of the principles of the legislation and precedents bearing on the case before us. [Record, at page 1560.]

I myself find it impossible to say that in acting as it did the Review Tribunal exceeded the bounds of its authority in such a manner as to permit this Court to intervene under section 28.

Finally, the Attorney General's fourth argument deals with the alleged error in the decision of the Review Tribunal, when it refused to consider the availability clause as a "bona fide occupational requirement" and concluded that the employer had not fulfilled its duty to accommodate.

The dual nature of this argument, which deals both with the existence of a BFOR and with the duty to accommodate, attests to a degree of confusion between these two concepts. In fact, the two are entirely distinct from each other.

The concept of a BFOR applies only to cases of direct discrimination, that is, where the discriminatory act is based directly on a prohibited ground. Thus, for example, a rule which excluded pregnant women from certain kinds of employment could be justified only if the employer were able to establish that there was a BFOR. If this is established, there can then be no question of accommodation, because the directly discriminatory rule has been justified.

On the contrary, the duty to accommodate comes into play only in cases of indirect discrimination, or discrimination by adverse effect. In these cases the rule is not apparently based on an unlawful ground. However, despite its apparent neutrality, the rule produces adverse effects on certain people who are in protected categories. The employer then has the duty to try to accommodate the people in question.

droits de la personne et ne demande pas à ce que la discrimination dont on se plaint soit volontaire ou préméditée, mais simplement qu'elle existe; c'est ce que l'on appelle la discrimination par l'effet préjudiciable.

a Compte tenu de ce qui précède et compte tenu des témoignages entendus en première instance et des débats qui ont eu lieu devant nous, nous croyons que le juge de première instance a erré de façon manifeste et évidente dans l'appréciation de la preuve. Ce qui a mené à une conclusion erronée quant à l'appréciation des principes de droit et de jurisprudence applicables au dossier qui est devant nous. [Dossier, à la page 1560.]

b Pour ma part, il m'est impossible de dire qu'en agissant comme il l'a fait le tribunal d'appel a dépassé les limites de son autorité de façon à permettre l'intervention de notre Cour en vertu de l'article 28.

c Finalement, la quatrième prétention du procureur général porte sur la prétendue erreur dans la décision du tribunal d'appel lorsque celui-ci a refusé de considérer la clause de disponibilité comme étant une «exigence professionnelle normale» et a conclu que l'employeur n'avait pas respecté son obligation d'accommodement.

d Le caractère double de cette prétention qui porte à la fois sur l'existence d'une EPN et de l'obligation d'accommodement témoigne d'une certaine confusion entre ces deux concepts. En fait, les deux sont entièrement distincts l'un de l'autre.

e La notion de la EPN s'applique seulement aux cas de discrimination directe, c'est-à-dire où l'acte discriminatoire est fondé directement sur un motif prohibé. Donc, par exemple, une règle qui exclurait les femmes enceintes de certains genres d'emploi ne pourrait être justifiée que si l'employeur était en mesure d'établir l'existence d'une EPN. Et s'il l'établit, il ne peut pas être question alors d'un devoir d'accommodement parce que la règle directement discriminatoire a été justifiée.

f Par contre, l'obligation d'accommodement n'entre en ligne de compte que dans des cas de discrimination indirecte ou par effet préjudiciable. Il s'agit dans ces cas d'une règle qui, en apparence, n'est pas basée sur un motif illicite. Malgré sa neutralité apparente, toutefois, la règle produit des effets préjudiciables à l'égard de certaines personnes qui sont dans les catégories protégées. C'est alors que l'employeur a le

Madam Justice Wilson, writing for the Supreme Court, explained the rule as follows:

Where a rule discriminates on its face on a prohibited ground of discrimination, it follows that it must rely for its justification on the validity of its application to all members of the group affected by it. There can be no duty to accommodate individual members of that group within the justificatory test because, as McIntyre J. pointed out, that would undermine the rationale of the defence. Either it is valid to make a rule that generalizes about members of a group or it is not. By their very nature rules that discriminate directly impose a burden on all persons who fall within them. If they can be justified at all, they must be justified in their general application. That is why the rule must be struck down if the employer fails to establish the BFOQ. This is distinguishable from a rule that is neutral on its face but has an adverse effect on certain members of the group to whom it applies. In such a case the group of people who are adversely affected by it is always smaller than the group to which the rule applies. On the facts of many cases the "group" adversely affected may comprise a minority of one, namely the complainant. In these situations the rule is upheld so that it will apply to everyone except persons on whom it has a discriminatory impact, provided the employer can accommodate them without undue hardship. In *O'Malley McIntyre J.* clarifies the basis for the different consequences that follow a finding of direct discrimination as opposed to a finding of adverse effect discrimination. He states at p. 555:

The duty in a case of adverse effect discrimination on the basis of religion or creed is to take reasonable steps to accommodate the complainant, short of undue hardship: in other words, to take such steps as may be reasonable to accommodate without undue interference in the operation of the employer's business and without undue expense to the employer. Cases such as this raise a very different issue from those which rest on direct discrimination. Where direct discrimination is shown the employer must justify the rule, if such a step is possible under the enactment in question, or it is struck down. Where there is adverse effect discrimination on account of creed the offending order or rule will not necessarily be struck down. It will survive in most cases because its discriminatory effect is limited to one person or to one group, and it is the effect upon them rather than upon the general work force which must be considered. In such case there is no question of justification raised because the rule, if rationally connected to the employment, needs no justification; what is required is some measure of accommodation. The employer must take reasonable steps towards that end which may or may not result in full accommodation. Where such reasonable steps, however, do not fully reach the desired end, the complainant, in the absence of some

devoir de tenter d'accueillir les personnes en question.

Voici comment la Cour Suprême, par la plume de Madame le juge Wilson, a expliqué la règle:

Lorsque, à première vue, une règle établit une distinction fondée sur un motif de discrimination prohibé, sa justification devra reposer sur la validité de son application à tous les membres du groupe touché. En vertu du critère du motif justifiable, il ne peut en effet y avoir d'obligation d'accueillement à l'égard des membres individuels du groupe puisque, comme l'a fait observer le juge McIntyre, cela saperait le fondement même de ce moyen de défense. Ou bien on peut valablement établir une règle qui généralise à l'égard des membres d'un groupe ou bien on ne le peut pas. Par leur nature même, les règles qui constituent une discrimination directe imposent un fardeau à tous ceux qui y sont assujettis. Si tant est qu'elles puissent être justifiées, c'est dans leur application générale, qu'elles doivent l'être. Voilà pourquoi la règle doit être annulée si l'employeur ne réussit pas à démontrer qu'il s'agit d'une EPN. Une telle règle doit être distinguée d'une règle qui, neutre en apparence, a un effet préjudiciable sur certains membres du groupe auquel elle s'applique. En pareil cas, le groupe des personnes qui subissent un effet préjudiciable est toujours plus petit que le groupe auquel la règle s'applique. Dans les faits, fréquemment, le «groupe» lésé se composera d'une seule personne, savoir le plaignant. La règle est alors maintenue en ce sens qu'elle s'appliquera à tous sauf aux personnes sur lesquelles elle a un effet discriminatoire, pourvu que l'employeur puisse procéder aux accommodements nécessaires sans subir des contraintes excessives. Dans l'arrêt *O'Malley*, le juge McIntyre met en lumière les conséquences différentes que comportent une conclusion à la discrimination directe ou une conclusion à la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Voici comment il s'exprime à la p. 555:

L'obligation dans le cas de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, fondée sur la religion ou la croyance, consiste à prendre des mesures raisonnables pour s'entendre avec le plaignant, à moins que cela ne cause une contrainte excessive: en d'autres mots, il s'agit de prendre les mesures qui peuvent être raisonnables pour s'entendre sans que cela n'entrave indûment l'exploitation de l'entreprise de l'employeur et ne lui impose des frais excessifs. Les cas comme celui-ci soulèvent une question très différente de celle que soulèvent les cas de discrimination directe. Lorsqu'on démontre l'existence de discrimination directe, l'employeur doit justifier la règle, si cela est possible en vertu de la loi en cause, sinon elle est annulée. Lorsqu'il y a discrimination par suite d'un effet préjudiciable, fondée sur la croyance, la règle ou la condition répréhensible ne sera pas nécessairement annulée. Elle subsistera dans la plupart des cas parce que son effet discriminatoire est limité à une personne ou à un groupe de personnes et que c'est son effet sur eux plutôt que sur l'ensemble des employés qui doit être examiné. Dans un tel cas, le problème de la justification ne se pose pas, car la condition raisonnablement liée à l'emploi n'a besoin d'aucune justification; ce qui est requis est une certaine mesure d'accueillement. L'employeur doit, à cette fin, prendre des

accommodating steps on his own part such as an acceptance in this case of part-time work, must either sacrifice his religious principles or his employment. [Emphasis added.]

For these reasons, I am of the view that *Bhinder* is correct in so far as it states that accommodation is not a component of the BFOR test and that once a BFOR is proven the employer has no duty to accommodate. It is incorrect, however, in so far as it applied that principle to a case of adverse effect discrimination. The end result is that where a rule discriminates directly it can only be justified by a statutory equivalent of a BFOQ, ie, a defence that considers the rule in its totality. (I note in passing that all human rights codes in Canada contain some form of BFOQ provision.) However, where a rule has an adverse discriminatory effect, the appropriate response is to uphold the rule in its general application and consider whether the employer could have accommodated the employee adversely affected without undue hardship.⁸

In the instant case, it is clear that this was not direct discrimination. The availability clause and the rule that employees be prepared to work are not only perfectly neutral in appearance, but are also implied conditions in any offer of employment and contract of service.

The problem in this case arises from the fact that the application of the rule to pregnant employees who want to exercise their right to take unpaid maternity leave produces a discriminatory effect. The employer then must show that it complied with its duty to accommodate:

The onus is upon the respondent employer to show that it made efforts to accommodate the religious beliefs of the complainant up to the point of undue hardship.⁹

The Review Tribunal was of the opinion that it would "have difficulty understanding how this accommodation could have resulted in undue hardship for the employer." [Record, page 1559.]

⁸ *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489, at pp. 514–517.

⁹ *Alberta Dairy Pool*, *supra*, at p. 520.

mesures raisonnables qui seront susceptibles ou non de réaliser le plein accommodement. Cependant, lorsque ces mesures ne permettent pas d'atteindre complètement le but souhaité, le plaignant, en l'absence de concessions de sa propre part, comme l'acceptation en l'espèce d'un emploi à temps partiel, doit sacrifier soit ses principes religieux, soit son emploi. [Je souligne.]

Pour ces motifs, je suis d'avis que l'arrêt *Bhinder* est bien fondé lorsqu'il énonce que l'accommodement n'est pas un élément du critère de l'EPN et qu'une fois démontrée l'existence d'une EPN, l'employeur n'a pas d'obligation d'accommodement. En revanche, cet arrêt est mal fondé dans la mesure où il applique ce principe à un cas de discrimination indirecte. Il en résulte finalement que, lorsqu'une règle crée une discrimination directe, elle ne peut être justifiée que par une exception légale équivalente à une EPN, c'est-à-dire un moyen de défense qui envisage la règle dans sa totalité. (Je souligne au passage que les codes de droits de la personne au Canada contiennent tous une disposition d'exception fondée sur l'EPN.) Par contre, lorsqu'une règle crée une discrimination par suite d'un effet préjudiciable, il convient de confirmer la validité de cette règle dans son application générale et de se demander si l'employeur aurait pu composer avec l'employé lésé sans subir des contraintes excessives⁸.

Dans le présent cas, il est clair qu'il ne s'agit pas d'une discrimination directe. La clause de disponibilité et la règle voulant que les employés soient prêt à rendre une prestation de travail sont non seulement parfaitement neutre en apparence mais sont également des conditions implicites de toute offre d'emploi et de tout contrat de travail.

Le problème dans le présent cas provient du fait que l'application de la règle à des employées à terme qui sont enceintes et qui veulent se prévaloir de leur droit de prendre un congé de maternité sans solde produit un effet discriminatoire. Il appartenait alors à l'employeur de démontrer qu'il avait respecté son obligation d'accommodement:

C'est à l'employeur qu'incombe le fardeau de prouver qu'il s'est efforcé de tenir compte des croyances religieuses du plaignant, dans la mesure où cela ne comportait pas une contrainte excessive⁹.

Le tribunal d'appel était d'avis qu'il serait «difficile de comprendre comment cet accommodement (sic) pourrait devenir une contrainte excessive pour l'employeur». [Dossier, à la page 1559.]

⁸ *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, aux p. 514 à 517.

⁹ *Alberta Dairy Pool*, *supra*, à la p. 520.

I am of the same opinion. In fact, all that Ms. Mongrain was requesting was leave without pay¹⁰ of exactly the same nature as the leave that she had already been granted. In these circumstances, it is impossible for me to imagine what sort of hardship, even slight, this could cause to the employer, and none emerged from the evidence. I would therefore not intervene in the decision.

In her section 28 application, Ms. Mongrain asks us to review that part of the decision of the Review Tribunal which refused to order that she be reinstated.

This refusal is based on a finding of fact which the Review Tribunal expressed as follows:

In view of the evidence that, even if Ms Mongrain had been kept on the availability list, she would not have had another contract after the one containing the availability clause . . . [Record, page 1561.]

Whether or not this conclusion is justified, it is supported by certain of the evidence adduced before the Tribunal. It is also consistent with the findings of fact made by the initial Tribunal. In these circumstances, it is simply impossible for us to intervene under paragraph 28(1)(c).

For these reasons, I would dismiss the two section 28 applications.

DESJARDINS J.A.: I concur.

DÉCARY J.A.: I concur.

Je suis du même avis. En fait, tout ce qu'a demandé M^{me} Mongrain était un congé sans solde¹⁰ d'exactly la même nature que celui dont elle avait déjà bénéficié. Dans ces circonstances, il m'est impossible d'imaginer quelle sorte de contrainte, même minimale, cela pourrait causer à l'employeur et la preuve n'en révèle aucune. Je n'interviendrais donc pas dans la décision.

Par sa demande faite en vertu de l'article 28, M^{me} Mongrain nous demande de réviser cette partie de la décision du tribunal d'appel qui a refusé d'ordonner sa réintégration.

Ce refus est basé sur une conclusion de fait que le tribunal d'appel a exprimé dans les termes suivants:

. . . même si madame Mongrain avait été maintenue sur la liste de disponibilité, elle n'aurait pas eu d'autre contrat subséquent à celui contenant la clause discriminatoire . . . [Dossier, à la page 1561.]

Cette conclusion, soit elle ou non bien fondée, trouve appui dans certains éléments de la preuve présentée devant le tribunal. Elle est aussi conforme avec les conclusions de fait tirées par le tribunal de première instance. Dans ces circonstances, il nous est tout simplement impossible d'intervenir en vertu de l'alinéa 28(1)c).

Pour ces motifs, je rejetterais les deux demandes faites en vertu de l'article 28.

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

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: J'y souscris.

¹⁰ The interest of the complainant, a term employee, in requesting leave, even unpaid, derives from a policy of the employer that casuals who have completed five years of continuous work are entitled to permanent status. It will be recalled that the complainant was in her fifth year of employment.

¹⁰ L'intérêt de la plaignante, employée à terme, à demander un congé même non payé provient d'une politique de l'employeur voulant que les occasionnels qui complètent cinq ans de travail continu, ont droit à la permanence. On se rappèlera que la plaignante était dans sa cinquième année d'emploi.

A-883-90

A-883-90

FWS Joint Sports Claimants (Applicant)**FWS Joint Sports Claimants (requérante)**

v.

c.

Copyright Board, Border Broadcasters' Collective, Canadian Broadcasters Retransmission Rights Agency Inc., Canadian Retransmission Collective, Canadian Retransmission Right Association, Composers, Authors and Publishers Association of Canada, Limited, Copyright Collective of Canada, Major League Baseball Collective of Canada, Inc., Performing Rights Organization of Canada Limited, Canadian Cable Television Association, C1 Cablesystems Inc., Canadian Satellite Communications Inc., and the Deputy Attorney General of Canada (Respondents)

a Commission du droit d'auteur, la Border Broadcasters' Collective, l'Agence des droits de retransmission des radiodiffuseurs canadiens Inc., la Société collective de retransmission du Canada, l'Association du droit de retransmission canadien, l'Association des compositeurs, auteurs et éditeurs du Canada, Limitée, la Société de perception du droit d'auteur du Canada, la Major League Baseball Collective of Canada, Inc., la Société de droits d'exécution du Canada Limitée, l'Association canadienne de télévision par câble, la C1 Cablesystems Inc., les Communications par satellite canadien Inc. et le sous-procureur général du Canada (intimés)

INDEXED AS: FWS JOINT SPORTS CLAIMANTS v. CANADA (COPYRIGHT BOARD) (C.A.)

RÉPERTORIÉ: FWS JOINT SPORTS CLAIMANTS c. CANADA (COMMISSION DU DROIT D'AUTEUR) (C.A.)

Court of Appeal, Mahoney, MacGuigan and Linden, J.J.A.—Montréal, May 13, 14, 15, 16 and 17; Ottawa, June 3, 1991.

e Cour d'appel, juges Mahoney, MacGuigan et Linden, J.C.A.—Montréal, 13, 14, 15, 16 et 17 mai; Ottawa, 3 juin 1991.

Copyright — Royalties for retransmission of distant broadcasts of football games — Whether agreement with ABC Television Network assigning rights to NFL — Whether Board erred in admitting parol evidence as to agreement — Board must decide legal existence of right in order to place value thereon — No copyright in playing of football game as outcome uncertain — No copyright in order of transmission of programs — No error in scaling royalty payments according to number of subscribers.

f Droit d'auteur — Droits à verser pour la retransmission de signaux éloignés pour la télédiffusion de matchs de football — L'entente conclue avec le réseau de télévision ABC équivaut-elle à une cession de droits en faveur de la NFL? — La Commission a-t-elle commis une erreur en acceptant le témoignage oral pour ce qui concerne l'entente? — La Commission doit se prononcer sur l'existence légale du droit afin de procéder à son évaluation — Il n'existe pas de droit d'auteur sur un match de football en raison du résultat incertain — Il n'y a pas de droit d'auteur en vue de la retransmission des programmes — La Commission n'a pas commis d'erreur en présentant une échelle des droits à payer en fonction du nombre des abonnés.

This was an application for review of a decision of the Copyright Board fixing the royalties to be paid, for the first time, for retransmission of distant radio and television signals, following upon the amendments to the *Copyright Act* pursuant to the *Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act*. The Board held that the contractual arrangements between the National Football League and the ABC Television Network did not alienate the Network's rights in the broadcast of League games. It used a comparable services approach to arrive at the total value, and allocated the global sum based on viewership. It held that there was copyright in the television production of a sports game, but not in the playing thereof. It also held that there was no copyright in the daily schedule of broadcast programs. It used the cost ratio between music and programs to determine the royalty rate for music. It

h Il s'agissait d'une demande de révision d'une décision par laquelle la Commission du droit d'auteur du Canada a fixé les droits à verser, pour la première fois, pour la retransmission des signaux éloignés de radio et de télévision, à la suite des modifications apportées à la *Loi sur le droit d'auteur* en conformité avec la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis*. La Commission a jugé que les arrangements contractuels intervenus entre la National Football League et le réseau de télévision ABC n'ont pas aliéné les droits du réseau dans la télédiffusion des matchs de la ligue. Elle a utilisé une méthode fondée sur des services comparables pour arriver à la valeur totale et a alloué le montant global fondé sur l'indice d'écoute. Elle a conclu qu'il existait un droit d'auteur sur la réalisation de la télédiffusion d'un match de sport, mais pas sur le déroulement de celui-ci. Elle a

set a flat rate of \$100 per annum for systems having fewer than 1,000 subscribers, and set a series of advantageous rates for systems having between 1,000 and 6,000 subscribers.

Held, the application should be dismissed.

Whether the contract between the NFL and ABC assigns copyright is a question of law. The Board may decide such questions and must do so since it can only value a right if it exists. The wording being unclear, the Board properly relied on parol evidence to the effect that the assignment clause was only intended to permit the League to sue bars which showed local games, to encourage local fans to purchase tickets, and that the Network never deals away copyright or retransmission rights. The Board did not err in preferring other evidence to that presented by the applicant as to the value of the retransmission rights, or in allocating payments in a manner which is at variance with the calculations suggested by the applicant. Administrative convenience is a rational factor for the Board to consider.

The Board correctly ruled that, although there is copyright in the coaches' play books and game plans, as well as in team crests and uniform designs, the cable operators do not exploit those, and there is no copyright in the game itself. A mere spectacle standing alone cannot be copyrighted. Nor can changing materials which lack certainty or unity. In spite of the planning which goes into a football game, it is not choreographed in the way that a ballet is. Each team tries to confound the plans of the other, creating the uncertainty which gives the contest its interest. No one ever bet on the outcome of a performance of *Swan Lake*.

There can be no copyright in a compilation of television programs in which others hold copyright. Although the written schedule for the broadcast day is a literary work, the order in which the programs are transmitted does not add a new right for the broadcaster. The Board is given a broad discretion under the Act to fix the amount of royalties to be paid and to determine how the burden of payment is to be borne. Since the Act does not prohibit the creation of classes of intermediate-sized systems, there is no reviewable error in the Board's determination of a scale of royalty payments generally based on the number of subscribers.

également statué qu'il n'existait pas de droit d'auteur sur le calendrier quotidien des programmes de télédiffusion. Elle a utilisé le rapport entre le coût de la musique et le coût des émissions pour déterminer le taux des droits pour la musique. Elle a établi un taux fixe de 100 \$ par année pour les systèmes ayant moins de 1 000 abonnés et une série de taux avantageux pour les systèmes de 1 000 à 6 000 abonnés.

Arrêt: la demande devrait être rejetée.

Pour ce qui est de savoir si le contrat intervenu entre la NFL et le réseau ABC équivaut à une cession de droits, c'est une question de droit. La Commission peut trancher des questions de ce genre et doit forcément le faire puisqu'on ne peut évaluer un droit que s'il existe. Comme le libellé n'était pas clair, la Commission a eu raison de se fonder sur le témoignage oral selon lequel la clause relative à la cession visait seulement à permettre à la Ligue, pour inciter les partisans de la ville à acheter des billets, de poursuivre les bars de la ville qui présentaient des matchs locaux et selon lequel aussi le réseau ne se départit jamais des droits d'auteur ou de retransmission. La Commission n'a pas commis d'erreur en préférant accepter une autre preuve que celle présentée par la requérante en ce qui concerne la valeur des droits de retransmission ou en accordant des paiements d'une manière qui ne s'accorde pas avec les calculs proposés par la requérante. La commodité sur le plan administratif est un facteur logique que la Commission peut prendre en considération.

La Commission a eu raison de statuer que, même s'il existait un droit d'auteur sur les livres de jeux et les plans de matchs écrits des entraîneurs, ainsi que sur les insignes des équipes et le dessin des uniformes, ils ne sont pas utilisés par les systèmes de télévision par câble et il n'existe pas de droit d'auteur sur le match lui-même. Un simple spectacle autonome ne peut pas être protégé par le droit d'auteur. Les matériaux changeants qui manquent de certitude ou d'unité ne le peuvent pas non plus. Malgré le degré de planification auquel est soumis un match de football, il ne fait pas l'objet d'une chorégraphie de la même façon qu'un ballet. Chaque équipe essaie de mêler les plans de l'autre et crée l'incertitude qui donnera son intérêt au match. Personne n'a jamais parié sur l'issue d'une représentation du *Lac des cygnes*.

Il ne peut pas y avoir de droit d'auteur sur une compilation de programmes de télévision sur lesquels d'autres sont titulaires d'un droit d'auteur. Même si l'horaire écrit d'une journée de diffusion est une œuvre littéraire, l'ordre selon lequel les programmes sont diffusés n'ajoute pas un nouveau droit pour le diffuseur. La Commission s'est vu conférer par la Loi un vaste pouvoir discrétionnaire de fixer le montant des droits à payer et de déterminer de quelle façon serait supporté le poids de ces paiements. Vu que la Loi n'interdit pas expressément la création de catégories de systèmes de taille intermédiaire, la Cour ne décèle aucune erreur susceptible de révision dans la décision de la Commission de fixer une échelle de droits fondés en général sur le nombre d'abonnés.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

- Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1988, c. 65.
- Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 2 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.)), c. 10, s. 1; S.C. 1988, c. 65, s. 61), 70.63 (as enacted by S.C. 1988, c. 65, s. 65), 70.64 (as am. *idem*).
- Definition of Small Retransmission Systems Regulations*, SOR/89-255, s. 3(1).
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

REFERRED TO:

- Pioneer Shipping Ltd v BTP Tioxide Ltd*, [1981] 2 All ER 1030 (H.L.); *Alampi v Swartz*, [1964] 1 O.R. 488; (1964), 43 D.L.R. (2d) 11 (C.A.); *Posen v Minister of Consumer and Corporate Affairs Canada*, [1980] 2 F.C. 259; (1979), 46 C.P.R. 2d 63; 36 N.R. 572 (C.A.); *Re Rohm & Haas Canada Ltd. and Anti-dumping Tribunal* (1978), 91 D.L.R. (3d) 212; 22 N.R. 175 (F.C.A.); *Canadian Admiral Corpn. Ltd. v Rediffusion Inc.*, [1954] Ex.C.R. 382; (1954), 20 C.P.R. 75; 14 Fox Pat. C. 114; *Tate v Fulbrook*, [1908] 1 K.B. 821 (C.A.); *Green v Broadcasting Corp of New Zealand*, [1989] 2 All ER 1056 (P.C.); *Kantel, Frederick W. v Frank E. Grant et al.*, [1933] Ex. C.R. 84; *Wilson v Broadcasting Corporation of New Zealand*, [1990] 2 NZLR 565 (H.C.); *Baltimore Orioles, Inc. v Major League Baseball*, 805 F. 2d 663 (7th Circ. 1986); *Macmillan & Co. v Cooper* (1923), 93 L.J.P.C. 113; *Football League Ltd. v Littlewood's Pools Ltd.*, [1959] Ch. 637; *Ladbroke (Football), Ltd. v William Hill (Football) Ltd.*, [1964] 1 All E.R. 465 (H.L.); *Express Newspapers Plc. v Liverpool Daily Post & Echo Plc.*, [1985] 1 W.L.R. 1089 (Ch. D.).

AUTHORS CITED

- Fox, Harold G. *The Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 2nd ed., Toronto: Carswell Co. Ltd., 1967.
- Nimmer, Melville and Nimmer, David. *Nimmer on Copyright*, vol. 1, New York: Matthew Bender & Co. Inc., 1990.

COUNSEL:

- Daniel R. Bereskin and G. A. Piasetski* for applicant.
- Mario Bouchard* for respondent Copyright Board.
- Gilles Marc Daigle* for respondent Border Broadcasters' Collective.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis*, L.C. 1988, chap. 65.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.
- Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), chap. C-42, art. 2 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 10, art. 1; L.C. 1988, chap. 65, art. 61), 70.63 (édicte par L.C. 1988, chap. 65, art. 65), 70.64 (mod., *idem*).
- Règlement sur la définition de petit système de retransmission*, DORS/89-255, art. 3(1).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS CITÉES:

- Pioneer Shipping Ltd v BTP Tioxide Ltd*, [1981] 2 All ER 1030 (H.L.); *Alampi v Swartz*, [1964] 1 O.R. 488; (1964), 43 D.L.R. (2d) 11 (C.A.); *Posen c. Le ministre de la Consommation et des Corporations du Canada*, [1980] 2 C.F. 259; (1979), 46 C.P.R. 2d 63; 36 N.R. 572 (C.A.); *Re Rohm & Haas Canada Ltd. et le Tribunal antidumping* (1978), 91 D.L.R. (3d) 212; 22 N.R. 175 (C.A.F.); *Canadian Admiral Corpn. Ltd. v Rediffusion Inc.*, [1954] R.C.É. 382; (1954), 20 C.P.R. 75; 14 Fox Pat. C. 114; *Tate v Fulbrook*, [1908] 1 K.B. 821 (C.A.); *Green v Broadcasting Corp of New Zealand*, [1989] 2 All ER 1056 (P.C.); *Kantel, Frederick W. v Frank E. Grant et al.*, [1933] R.C.É. 84; *Wilson v Broadcasting Corporation of New Zealand*, [1990] 2 NZLR 565 (H.C.); *Baltimore Orioles, Inc. v Major League Baseball*, 805 F. 2d 663 (7th Circ. 1986); *Macmillan & Co. v Cooper* (1923), 93 L.J.P.C. 113; *Football League Ltd. v Littlewood's Pools Ltd.*, [1959] Ch. 637; *Ladbroke (Football), Ltd. v William Hill (Football) Ltd.*, [1964] 1 All E.R. 465 (H.L.); *Express Newspapers Plc. v Liverpool Daily Post & Echo Plc.*, [1985] 1 W.L.R. 1089 (Ch. D.).

DOCTRINE

- Fox, Harold G. *The Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 2nd ed., Toronto: Carswell Co. Ltd., 1967.
- Nimmer, Melville and Nimmer, David. *Nimmer on Copyright*, vol. 1, New York: Matthew Bender & Co. Inc., 1990.

AVOCATS:

- Daniel R. Bereskin et G. A. Piasetski* pour la requérante.
- Mario Bouchard* pour l'intimée la Commission du droit d'auteur.
- Gilles Marc Daigle* pour l'intimée la Border Broadcasters' Collective.

D. W. Kent for respondent Canadian Broadcasters Retransmission Rights Agency Inc.

H. G. Intven for respondent Canadian Retransmission Collective. ^a

Jacques R. Alleyn and *Peter E. Robinson* for respondent Canadian Retransmission Rights Association.

Y. A. George Hynna for respondents Composers, Authors and Publishers Association of Canada, Limited and Performing Rights Organization of Canada Limited. ^b

G. A. Hainey and *M. S. Koch* for respondent Copyright Collective of Canada. ^c

Richard Storrey for respondent Major League Baseball Collective of Canada, Inc.

Michael K. Eisen and *Stephen G. Rawson* for respondent Canadian Cable Television Association. ^d

J. A. O'Neill for respondents Canadian Satellite Communications Inc. and C1 Cablesystems Inc. ^e

D. W. Kent pour l'intimée l'Agence des droits de retransmission des radiodiffuseurs canadiens Inc.

H. G. Intven pour l'intimée la Société collective de retransmission du Canada.

Jacques R. Alleyn et *Peter E. Robinson* pour l'intimée l'Association du droit de retransmission canadien

Y. A. George Hynna pour les intimées l'Association des compositeurs, auteurs et éditeurs du Canada, Limitée et la Société de droits d'exécution du Canada Limitée.

G. A. Hainey et *M. S. Koch* pour l'intimée la Société de perception du droit d'auteur du Canada.

Richard Storrey pour l'intimée la Major League Baseball Collective of Canada, Inc.

Michael K. Eisen et *Stephen G. Rawson* pour l'intimée l'Association canadienne de télévision par câble.

J. A. O'Neill pour les intimées les Communications par satellite canadien Inc. et la C1 Cablesystems Inc.

SOLICITORS:

Rogers, Bereskin & Parr, Toronto, for applicant. ^f

Copyright Board for respondent Copyright Board.

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, for respondent Border Broadcasters' Collective. ^g

McMillan Binch, Toronto, for respondent Canadian Broadcasters Retransmission Rights Agency Inc.

McCarthy Tétrault, Toronto, for respondent Canadian Retransmission Collective. ^h

Canadian Broadcasting Corporation, Ottawa, for respondent Canadian Retransmission Right Association.

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, for respondents Composers, Authors and Publishers Association of Canada, Limited and Performing Rights Organization of Canada Limited. ⁱ

Smith, Lyons, Torrance, Stevenson & Mayer, Toronto, for respondent Copyright Collective of Canada. ^j

PROCUREURS:

Rogers, Bereskin & Parr, Toronto, pour la requérante.

La Commission du droit d'auteur pour l'intimée la Commission du droit d'auteur.

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, pour l'intimée la Border Broadcasters' Collective.

McMillan Binch, Toronto, pour l'intimée l'Agence des droits de retransmission des radiodiffuseurs canadiens Inc.

McCarthy Tétrault, Toronto, pour l'intimée la Société collective de retransmission du Canada.

La Société Radio-Canada, Ottawa, pour l'intimée l'Association du droit de retransmission canadien.

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, pour les intimées l'Association des compositeurs, auteurs et éditeurs du Canada, Limitée et la Société de droits d'exécution du Canada Limitée.

Smith, Lyons, Torrance, Stevenson & Mayer, Toronto, pour l'intimée la Société de perception du droit d'auteur du Canada.

Goodman & Goodman, Toronto, for respondent Major League Baseball Collective of Canada, Inc.

Morris/Rose/Ledgett, Toronto, for respondent Canadian Cable Television Association. ^a

Johnston & Buchan, Ottawa, for respondents Canadian Satellite Communications Inc. and C1 Cablesystems Inc.

Goodman & Goodman, Toronto, pour l'intimée la Major League Baseball Collective of Canada, Inc.

Morris/Rose/Ledgett, Toronto, pour l'intimée l'Association canadienne de télévision par câble.

Johnston & Buchan, Ottawa, pour les intimées les Communications par satellite canadien Inc. et la C1 Cablesystems Inc.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

LINDEN J.A.: On October 2, 1990, the Copyright Board of Canada released its decision Statement of Royalties to be Paid for the Retransmission of Distant Radio and Television Signals. This was its first consideration of the amendments to the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, which were enacted pursuant to the *Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act* (S.C. 1988, c. 65). Prior to the passage of this legislation, there were no royalties payable by those who retransmitted these distant signals, which lacuna in the law was filled by the new legislation. The Board was, among other things, mandated by the legislation (section 70.63 [as enacted by S.C. 1988, c. 65, s. 65]) to establish "a manner of determining the amount of the royalties to be paid by each class of transmitter" and to "determine what portion of the royalties . . . is to be paid to each collecting body." Using the value of the Arts and Entertainment channel as a proxy, the Board fixed the total amount to be paid at approximately 51 million dollars for each of 1990 and 1991. This amount was then apportioned among the various collectives as follows:

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Le 2 octobre 1990, la Commission du droit d'auteur du Canada a rendu sa décision sur les droits à verser pour la retransmission des signaux éloignés de radio et de télévision. C'était la première fois qu'elle devait tenir compte des modifications apportées à la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), chap. C-42, qui ont été adoptées en conformité avec la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis* (L.C. 1988, chap. 65). Avant l'adoption de cette Loi, il n'y avait aucun droit à payer par ceux qui retransmettaient des signaux éloignés, lacune que la nouvelle Loi est venue combler. La Commission s'est vu, entre autres, confier par la Loi (l'article 70.63 [édicte par S.C. 1988, chap. 65, art. 65]) la mission d'établir «la formule tarifaire qui permet de déterminer les droits à payer par chaque catégorie de retransmetteurs» et de «déterminer[r] la quote-part de chaque société de perception dans ces droits». En se servant de la valeur de la chaîne Arts and Entertainment en tant que substitut, la Commission a fixé le montant total à payer à environ 51 millions de dollars pour chacune des années 1990 et 1991. Ce montant a alors été réparti de la façon suivante entre les différentes sociétés collectives:

CCC	57.087 (per cent)
CRC	12.806
CRRA	11.752
CBRRA	5.814
BBC	2.938
FWS	2.711
MLB	3.588
CAPAC	1.980
PROCAN	1.320
TOTAL	99.996

SPDAC	57,087 (pour cent)
SCR	12,806
ADRC	11,752
ADRRC	5,814
BBC	2,938
FWS	2,711
MLB	3,588
CAPAC	1,980
SDE	1,320
TOTAL	99,996

The decision was attacked in three separate section 28 [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7] applications, which were heard together. Various parties objected to different aspects of the Board's decision. The Canadian Cable Television Association (CCTA), in the first application (File No. A-832-90), attacked the entire decision, FWS Joint Sports Claimants challenged certain elements of the decision (File No. A-883-90), other parties, as respondents, objected to several points, and there was another application, as well (File No. A-834-90), which was withdrawn. The CCTA application was dismissed in a unanimous decision of this Court, written by Mr. Justice MacGuigan. The application of FWS is being dealt with separately in these reasons. There are eight remaining issues which must be considered here.

Three issues were raised by FWS Joint Sports Claimants, which is the collecting body for the National Hockey League (NHL), the Canadian Football League (CFL), the National Football League (NFL) and the National Basketball Association (NBA).

The first issue concerned the interpretation of a contract between the NFL and the ABC Television Network, whereby the retransmission rights were held to belong to ABC and its collecting body, the Canadian Retransmission Right Association (CRRRA).

The contractual provision in question, which is not a model of precision, reads as follows:

9. Copyright. Network will cause each live telecast to be simultaneously videotaped and will deliver tapes to League upon request (but tapes need not be preserved more than 30 days after the original telecast). Network hereby assigns to League those protectible copyright elements in the telecast of each game necessary to enable League to sue to prevent threatened infringement or for damages. Network will cooperate in any such suit and any substantial expenses will be reimbursed by League. Network may sue in its own name and at its own expense to prevent threatened infringement or for damages (and may retain any damages it recovers) if League is asked but declines to do so. In such cases, League will cooperate, and any substantial expenses will be reimbursed by Network. Network also agrees to air notices of League and member club ownership and proprietary rights in each game telecast, consistent with the past. League by this assignment of

La décision a été contestée dans trois demandes distinctes fondées sur l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7], qui ont été instruites en même temps. Diverses parties se sont opposées à des aspects différents de la décision de la Commission. L'Association canadienne de télévision par câble (ACTC) a, dans la première demande (n° de dossier A-832-90), contesté l'ensemble de la décision, la FWS Joint Sports Claimants a mis en discussion certains éléments de la décision (n° de dossier A-883-90), d'autres parties, à titre de parties intimées, se sont opposées à plusieurs points, et une autre demande (n° de dossier A-834-90) a été retirée. La demande de l'ACTC a été rejetée dans une décision unanime de notre Cour, rédigée par le juge MacGuigan. La demande de la FWS est traitée séparément dans les présents motifs de jugement. Il reste huit autres questions à examiner ici.

Trois questions ont été soulevées par la FWS Joint Sports Claimants, qui est la société de perception agissant pour le compte de la Ligue nationale de hockey (LNH), de la Ligue canadienne de football (LCF), de la National Football League (NFL) et de la National Basketball Association (NBA).

La première question concernait l'interprétation d'un contrat conclu entre la NFL et le réseau de télévision ABC, par lequel on a jugé que les droits de retransmission appartenaient à ABC et à sa société de perception, l'Association du droit de retransmission canadien (ADRC).

La disposition contractuelle en question, qui n'est pas un modèle de précision, est libellée ainsi:

[TRADUCTION] 9. Droit d'auteur. Le Réseau fera enregistrer simultanément sur magnéscope chaque émission de télévision en direct et remettra les bandes magnétiques à la Ligue sur demande (mais il ne sera pas nécessaire de conserver les bandes plus de 30 jours après l'émission de télévision originale). Le Réseau cède à la Ligue par le présent document les éléments du droit d'auteur sur la télédiffusion de chaque match qui sont nécessaires pour permettre à la Ligue d'intenter des poursuites afin d'empêcher toute violation possible du droit d'auteur ou de réclamer des dommages-intérêts. Le Réseau apportera sa collaboration à toute poursuite de ce genre et la Ligue lui remboursera toutes les dépenses importantes y afférentes. Le Réseau peut poursuivre pour son propre compte et à ses propres dépens afin d'empêcher toute violation possible du droit d'auteur ou de réclamer des dommages-intérêts (et il peut conserver les dommages-intérêts obtenus) si la Ligue est invi-

copyright does not acquire the right to exploit the videotaped recordings in any media without Network's prior consent.

This language, it is argued, amounts to an assignment of the copyright in the telecast to the NFL, but that interpretation is contested. It is not contested that this issue is a question of law (*Pioneer Shipping Ltd v BTP Tioxide Ltd*, [1981] 2 All ER 1030 (H.L.) at page 1035). Although it does appear that certain elements of the copyright are assigned to the League by the contract terms, there are other elements that are not assigned. Cooperation is required in certain circumstances. Nothing is expressly included about retransmission rights, but the video rights could not be exploited without the consent of the network. In short, it is not clear from the wording that there has been an assignment of the retransmission rights. In these circumstances, parol evidence may be considered (*Alampi v. Swartz*, [1964] 1 O.R. 488 (C.A.)). Having considered the parol evidence of Mr. Stanford and Mr. Vanderstar, the Board concluded, and I agree, that the purpose of the assignment clause in the contract was merely to permit the League, in order to ensure better attendance at home games, to sue local bars that showed the games to their patrons. The wording was drafted by ABC and the League felt it could not "quibble" with someone who paid all those millions for the broadcast rights. The evidence is that there was no intention to assign the entire copyright nor the retransmission rights to the League. Indeed, if the League had asked for that during the negotiations, the ABC would have responded that they never give those rights away, as Mr. Stanford testified. Consequently, I am of the view that the Board did not err in interpreting the contract as it did. In future negotiations, now that the situation regarding retransmission rights has changed, this matter will undoubtedly be covered with more exactitude than it was in the agreement in question.

tée à le faire mais s'y refuse. Dans ces cas, la Ligue apportera sa collaboration, et le Réseau lui remboursera toutes les dépenses importantes. Le Réseau convient également de diffuser des avis relatifs aux droits de propriété de la Ligue et des clubs membres sur la télédiffusion de chaque match, comme par le passé. Par cette cession du droit d'auteur, la Ligue n'acquiert pas le droit d'exploiter les enregistrements sur magnétoscope dans les médias sans l'accord préalable du Réseau.

Ce libellé, soutient-on, équivaut à une cession du droit d'auteur sur l'émission de télévision à la NFL, mais cette interprétation est contestée. On ne conteste pas qu'il s'agisse d'une question de droit (*Pioneer Shipping Ltd v BTP Tioxide Ltd*, [1981] 2 All ER 1030 (H.L.), à la page 1035). Bien qu'il semble effectivement y avoir cession de certains éléments du droit d'auteur à la Ligue selon les termes du contrat, il existe d'autres éléments qui ne sont pas cédés. La collaboration de l'autre partie est requise dans certaines circonstances. Rien n'est mentionné expressément en ce qui concerne les droits de retransmission, mais les droits vidéo ne pourraient pas être exploités sans le consentement du réseau. En résumé, il ne ressort pas clairement du libellé utilisé qu'il y a eu cession des droits de retransmission. Dans ces cas-là, on peut prendre le témoignage oral en considération (*Alampi v. Swartz*, [1964] 1 O.R. 488 (C.A.)). Après examen du témoignage oral de M. Stanford et de M. Vanderstar, la Commission a conclu, et je suis d'accord avec elle, que la clause relative à la cession figurant dans le contrat visait simplement à permettre à la Ligue, pour s'assurer une assistance plus nombreuse aux matchs locaux, de poursuivre les bars de la ville qui présentaient les matchs à l'intention de leurs clients. Le texte en avait été rédigé par ABC, et la Ligue estimait qu'elle ne pouvait pas ergoter avec quelqu'un qui versait tous ces millions pour les droits de diffusion. Il ressort de la preuve que l'on n'avait nullement l'intention de céder l'ensemble du droit d'auteur ni les droits de retransmission à la Ligue. En effet, si la Ligue avait fait une telle demande durant les négociations, le réseau ABC aurait répondu qu'il ne se départit jamais de ces droits, comme M. Stanford l'a mentionné dans son témoignage. Je suis donc d'avis que la Commission n'a pas commis d'erreur dans son interprétation du contrat. Dans les négociations à venir, maintenant que la situation a changé en ce qui concerne les droits de retransmission, cette question sera sans doute traitée avec plus de précision que dans le contrat en question.

As for the matter of the Board deciding questions of contractual rights, it is clear that the Board must do so, at least in a preliminary way, as a necessary incident to the exercise of its jurisdiction. It cannot value a right unless it exists. The Board's conclusion as to legal rights may not bind everyone for all time, but it cannot perform its mandate without making a legal determination about these rights. It may be different, however, where all that the Board is asked to do is to determine the rights of the parties (see *Posen v. Minister of Consumer and Corporate Affairs Canada*, [1980] 2 F.C. 259 (C.A.)).

The second issue raised by FWS is that the Board ignored its evidence of fair market value and relied exclusively on viewership in evaluating its claim. It further complained that it was required by the Board to offer evidence to assist in determining a universal scheme for allocation, when it sought only to offer evidence about the value of its own claim. The Board, it was suggested, fettered its discretion in so doing.

I am not convinced that the Board erred in its treatment of the FWS evidence. The Board did not ignore the evidence, it just did not accept it. The Board did not force parties to offer evidence of a universal scheme, thereby fettering its discretion, it just preferred the evidence of those who did. The evidence of FWS was certainly plausible, but the Board, after considering it, preferred to accept the evidence of others in deciding how to allocate the royalties. The Board, basing itself on other evidence, chose a comparable services approach, using the Arts and Entertainment Network cost as a starting point for the global sum and then it used a viewership approach based on a test year for the allocation. This was not inconsistent with its statutory authority, nor did it violate any principle of law or natural justice, even though FWS may feel that its sports programs are being undervalued by this method. Administrative convenience is a rational factor for the Board to consider in choosing a method of evaluation and allocation. It was not the only factor it assessed. The Board did not err in doing so. In my view, the requirements

Quant à savoir si la Commission peut trancher des questions portant sur des droits contractuels, il est évident que la Commission doit forcément le faire, du moins au préalable, dans l'exercice de sa compétence. On ne peut évaluer un droit à moins qu'il n'existe. Il se peut que la conclusion de la Commission relativement aux garanties juridiques ne lie pas tout le monde pour toujours, mais elle ne peut remplir sa mission sans rendre une décision juridique au sujet de ces droits. Ce peut être différent, toutefois, lorsque tout ce qu'on demande à la Commission est de déterminer les droits des parties (voir *Posen c. Le ministre de la Consommation et des Corporations du Canada*, [1980] 2 C.F. 259 (C.A.)).

La deuxième question soulevée par la FWS est que la Commission n'a pas tenu compte de la preuve présentée relativement à la juste valeur marchande et s'est fondée exclusivement sur l'indice d'écoute pour évaluer sa demande. Elle se plaignait également de ce que la Commission avait exigé qu'elle présente des éléments de preuve pour l'aider à établir un régime universel de répartition, quand elle cherchait seulement à présenter une preuve au sujet de la valeur de sa propre réclamation. La Commission aurait entravé son propre pouvoir discrétionnaire en agissant ainsi.

Je ne suis pas convaincu que la Commission ait commis une erreur en traitant ainsi la preuve fournie par la FWS. La Commission a tenu compte de la preuve, mais seulement il ne l'a pas admise. La Commission n'a pas obligé les parties à présenter la preuve d'un régime universel, et entravé par là son pouvoir discrétionnaire, elle a tout simplement préféré la preuve de celles qui ont présenté un régime universel. La preuve présentée par la FWS était certainement plausible, mais la Commission, après l'avoir examinée, a préféré accepter la preuve présentée par les autres parties pour décider comment répartir les droits. La Commission, en se fondant sur une autre preuve, a choisi la méthode des services comparables, en se servant des coûts du réseau Arts and Entertainment comme point de départ pour la somme globale et a eu recours à une méthode d'indice d'écoute fondée sur une année-test pour la répartition. Cela n'allait pas à l'encontre du pouvoir que lui confère la Loi et ne violait non plus aucune règle de droit ou de justice naturelle, même si la FWS estime peut-être que ses émissions sportives sont sous-éva-

of *Re Rohm & Haas Canada Ltd. and Anti-dumping Tribunal* (1978), 91 D.L.R. (3d) 212 (F.C.A.), at page 214 have not been met by FWS.

The third issue argued by FWS was whether there is a copyright in the playing of a sports game. The Board decided there was no such copyright, although there was in the television production of a game. It also held that there was copyright in the coaches' written play books and game plans, as well as in the team crests and uniform designs, but that these were not used by the cable operators. As for the playing of the game itself, even though it is played as much as possible in accordance with those plans, the Board found that this was not copyrightable, since it was not a "choreographic work, because, unlike dance, a sporting event is for the most part a random series of events. The unpredictability of the action is inconsistent with the concept of choreography."

I agree with the Board. Even though sports teams may seek to follow the plays as planned by their coaches, as actors follow a script, the other teams are dedicated to preventing that from occurring and often succeed. As well, the opposing team tries to follow its own game plan, which, in turn, the other team tries to thwart. In the end, what transpires on the field is usually not what is planned, but something that is totally unpredictable. That is one of the reasons why sports games are so appealing to their spectators. No one can forecast what will happen. This is not the same as a ballet, where, barring an unforeseen accident, what is performed is exactly what is planned. No one bets on the outcome of a performance of *Swan Lake*. Ballet is, therefore, copyrightable, but team sports events, despite the high degree of planning now involved in them, are not. (See Fox, *The Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*

luées au moyen de cette méthode. La commodité sur le plan administratif est un facteur logique que la Commission prend en considération pour choisir une méthode d'évaluation et de répartition. Ce ne fut pas le seul facteur à être évalué. La Commission n'a pas commis d'erreur en agissant ainsi. À mon avis, la FWS n'a pas satisfait aux exigences énoncées dans *Re Rohm & Haas Canada Ltd. et le Tribunal anti-dumping* (1978), 91 D.L.R. (3d) 212 (C.A.F.), à la page 214.

La troisième question avancée par la FWS était de savoir s'il existe un droit d'auteur sur le déroulement d'une activité sportive. La Commission a jugé qu'il n'existait aucun droit d'auteur de ce genre, bien qu'il y en ait un sur la réalisation de la télédiffusion d'un match. Elle a également statué qu'il existait un droit d'auteur sur les livres de jeux et les plans de matchs écrits des entraîneurs, ainsi que sur les insignes des équipes et le dessin des uniformes, mais que ceux-ci n'étaient pas utilisés par les systèmes de télédiffusion. Quant au déroulement du match lui-même, même s'il se joue le plus possible en conformité avec ces plans, la Commission a conclu qu'il ne pouvait pas être protégé par le droit d'auteur, car ce n'était pas une «œuvre chorégraphique puisque, contrairement à la danse, un événement sportif est essentiellement une série d'événements fortuits. Le déroulement du match est imprévisible, ce qui est tout à fait contraire à la notion même de chorégraphie».

Je suis d'accord avec la Commission. Même si les équipes sportives peuvent essayer de suivre les jeux qui ont été planifiés par leurs entraîneurs, comme les acteurs suivent un scénario, les autres équipes ont pour tâche de les empêcher d'arriver à leurs fins et souvent y réussissent. En outre, l'équipe adverse tente de suivre son propre plan de jeux, qu'à son tour, l'autre équipe essaie de contrecarrer. À la fin, ce qui survient sur le terrain n'est pas habituellement ce qui avait été planifié, mais quelque chose qui est tout à fait imprévisible. C'est l'une des raisons pour lesquelles les matchs sportifs sont si attirants pour les spectateurs. Personne ne peut prévoir ce qui arrivera. Ce n'est pas comme un ballet, où, sauf imprévu, on exécute exactement ce qui est planifié. Personne ne gage sur l'issue d'une représentation du *Lac des cygnes*. Le ballet peut donc être protégé par le droit d'auteur, mais les événements sportifs par équipe ne

(2nd ed., 1967), page 139; *Nimmer on Copyright* (1990), at page 2-138; *Canadian Admiral Corpn. Ltd. v. Rediffusion Inc.*, [1954] Ex.C.R. 382, at page 400.) A "mere spectacle standing alone" cannot be copyrighted. (See *Tate v. Fulbrook*, [1908] 1 K.B. 821 (C.A.), at page 832.) It is necessary for copyright not to have "changing materials" that are "lacking in certainty" or "unity". (See *Green v Broadcasting Corp of New Zealand*, [1989] 2 All ER 1056 (P.C.), at page 1058 *per* Lord Bridge), even though some variations could be permitted (see *Kantel, Frederick W. v. Frank E. Grant et al.*, [1933] Ex.C.R. 84, at page 95; see also *Wilson v. Broadcasting Corporation of New Zealand*, [1990] 2 NZLR 565 (H.C.)). The unpredictability in the playing of a football or hockey game is so pervasive, despite the high degree of planning, that it cannot be said to be copyrightable. The American cases are not helpful here, given the different statutory provisions and jurisprudence. (See, for example, *Baltimore Orioles, Inc. v. Major League Baseball*, 805 F. 2d 663 (7th Circ. 1986).)

The fourth issue is whether there can be copyright in the compilation of television programs in which others own the copyright. This combination or scheduling of programs, sometimes called the "broadcast day" requires considerable skill and effort to organize. Thus, it is argued by the Canadian Broadcasters Retransmission Rights Agency Inc. (CBRRA) that the "broadcaster's telecommunication [is] equivalent to a printed compilation such as an anthology." There are not only daily, but weekly, seasonal and yearly schedules designed. The majority of the Board recognized the expertise and creativity required to make these compilations, which might lead to copyright protection for the written schedule itself, in accordance with section 2, *Copyright Act* [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 1; S.C. 1988, c. 65, s. 61], which reads:

peuvent pas l'être malgré le degré élevé de planification dont ils font maintenant l'objet. (Voir Fox, *The Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 2^e éd., 1967, à la page 139; *Nimmer on Copyright*, 1990, à la page 2-138; *Canadian Admiral Corpn. Ltd. v. Rediffusion Inc.*, [1954] R.C.É. 382, à la page 400.) Un [TRADUCTION] «simple spectacle autonome» ne peut pas être protégé par le droit d'auteur. (Voir *Tate v. Fulbrook*, [1908] 1 K.B. 821 (C.A.), à la page 832.) Pour que le droit d'auteur existe, il ne faut pas être en présence de [TRADUCTION] «matériaux changeants» qui «manquent de certitude» ou «d'unité». (Voir *Green v Broadcasting Corp of New Zealand*, [1989] 2 ALL ER 1056 (P.C.), à la page 1058, lord Bridge), même si certaines variations peuvent être permises (voir *Kantel, Frederick W. v. Frank E. Grant et al.*, [1933] R.C.É. 84, à la page 95; voir également *Wilson v. Broadcasting Corporation of New Zealand*, [1990] 2 NZLR 565 (H.C.)). Le déroulement d'un match de football ou de hockey est si imprévisible, malgré le degré élevé de planification, qu'on ne peut pas le considérer comme pouvant être protégé par le droit d'auteur. Les arrêts américains ne sont d'aucune utilité en l'espèce, étant donné les différences qui existent au niveau des dispositions législatives et de la jurisprudence. (Voir, par exemple, *Baltimore Orioles, Inc. v. Major League Baseball*, 805 F. 2d 663 (7th Circ. 1986).)

Quant à la quatrième question, il s'agit de savoir s'il peut y avoir un droit d'auteur sur la compilation d'émissions de télévision sur lesquelles d'autres possèdent le droit d'auteur. Cette combinaison ou cet horaire d'émissions, qu'on désigne parfois par l'expression «journée de radiodiffusion», exige beaucoup d'aptitudes et d'efforts sur le plan de l'organisation. Ainsi, l'Agence des droits de retransmission des radiodiffuseurs canadiens Inc. (ADRRRC) allègue que la [TRADUCTION] «télécommunication faite par les radiodiffuseurs équivaut à une compilation publiée telle qu'une anthologie». On conçoit non seulement des horaires quotidiens, mais également des horaires hebdomadaires, saisonniers et annuels. La majorité des commissaires ont reconnu les connaissances et la créativité qu'il faut pour faire ces compilations, ce qui pourrait avoir pour effet que l'horaire écrit lui-même pourrait être protégé par le droit d'auteur, conformément à l'article 2 de la *Loi sur le droit d'auteur*

2. . . .

“literary” work includes tables, compilations, translations and computer programs.

The Board, however, decided against according copyright protection to these programs as they are broadcast in totality in accordance with the agenda that has been prepared. The Board wrote [at page 56]:

A broadcaster’s program schedule is a literary work; however the retransmission of the programs listed in the schedule does not constitute a retransmission of the schedule.

A “broadcast day”, in other words, is not a literary work as broadcast, even though the written schedule for it may be such a work.

The Court recognizes the difference between there being no copyright in a broadcast *per se* and there being no copyright in a broadcast according to a schedule of certain programs that are then “logged” or “recorded”. In either case, there is nothing to be copyrighted in addition to the actual shows being broadcast, which have already been copyrighted by their owners. It is not a new work. There is no editing or creative input added to the shows themselves. The written compilation may be a collection of literary or dramatic works, but that does not make the broadcast day a literary or dramatic work itself. Nor is the broadcast day a cinematographic production. The compilation is not unlike the playbooks of the coaches in sports games. The Board was correct in denying copyright protection to the broadcast day. (See *Macmillan & Co. v. Cooper* (1923), 93 L.J.P.C. 113; *Football League Ltd. v. Littlewood’s Pools Ltd.*, [1959] Ch. 637; *Ladbroke (Football), Ltd. v. William Hill (Football) Ltd.*, [1964] 1 All E.R. 465 (H.L.); *Express Newspapers Plc. v. Liverpool Daily Post & Echo Plc.*, [1985] 1 W.L.R. 1089 (Ch.D.).)

The fifth issue was raised by the Performing Rights Organization of Canada Limited (PROCAN)

[mod. par L.R.C. (1985) (4^e supp.), chap. 10, art 1; L.C. 1988, chap. 65, art. 61], qui est libellé ainsi:

2. . . .

«œuvre littéraire» sont assimilés à une œuvre littéraire, les tableaux, les compilations, les traductions et les programmes d’ordinateur.

La Commission s’est toutefois prononcée contre le fait d’accorder la protection du droit d’auteur à ces émissions car elles sont diffusées en entier en conformité avec le programme qui a été préparé. La Commission a dit [à la page 56]:

L’horaire des émissions d’un radiodiffuseur est une œuvre littéraire, mais on ne peut assimiler la retransmission des émissions qui y sont inscrites à la retransmission de l’horaire.

En d’autres mots, une «journée de radiodiffusion» ne constitue pas une œuvre littéraire en tant que radiodiffusion, même si l’horaire écrit la concernant peut être une œuvre de ce genre.

La Cour admet la différence qui existe entre le fait qu’il n’y a pas de droit d’auteur sur une radiodiffusion en soi et le fait qu’il n’y a pas de droit d’auteur sur une radiodiffusion suivant un horaire de certaines émissions qui sont alors «enregistrées». Dans l’un ou l’autre cas, il n’y a rien sur lequel on puisse obtenir les droits exclusifs en plus des spectacles mêmes qui sont radiodiffusés, sur lesquels leurs propriétaires ont déjà obtenu les droits exclusifs. Ce n’est pas une nouvelle œuvre. Il n’y a aucun montage ni donnée créatrice qui soit ajouté aux spectacles eux-mêmes. La compilation écrite peut être une collection d’œuvres littéraires ou dramatiques, mais cela ne fait pas de la journée de radiodiffusion une œuvre littéraire ou dramatique. La journée de radiodiffusion n’est pas non plus une production cinématographique. La compilation ne diffère pas des livres de jeux des entraîneurs dans les matchs sportifs. La Commission n’a pas commis d’erreur en refusant que la journée de radiodiffusion soit protégée par le droit d’auteur. (Voir *Macmillan & Co. v. Cooper* (1923), 93 L.J.P.C. 113; *Football League Ltd. v. Littlewood’s Pools Ltd.*, [1959] Ch. 637; *Ladbroke (Football), Ltd. v. William Hill (Football) Ltd.*, [1964] 1 All E.R. 465 (H.L.); *Express Newspapers Plc. v. Liverpool Daily Post & Echo Plc.*, [1985] 1 W.L.R. 1089 (Ch.D.).)

La cinquième question a été soulevée par la Société de droits d’exécution du Canada Limitée

and Composers, Authors and Publishers Association of Canada (CAPAC) who contend that the Board failed to value the music component of programming or take it into account in its considerations of the total royalties payable. They argued that the evidence showed that the basis of comparison used by the Board—the Arts and Entertainment network—was inappropriate, since the wholesale price of this network did not include any amount for royalties for music.

This Court is not persuaded by that argument. The Board's decision discloses that it did value the music component of programming. However, rather than accept the 2.1 per cent royalty rate suggested by the music collectives (based on the gross revenues paid by the commercial television industry in Canada) the Board preferred the argument of the CRC that the "ratio of the payment for the music and the retransmission royalties should be the same as the ratio between the cost of music and the cost of programs to the industry." While this resulted in a lower royalty rate than that sought by PROCAN and CAPAC, it cannot be considered a reviewable error.

The sixth issue, which was also advanced by PROCAN and CAPAC, was that, in allocating the royalties, the method used to determine the royalty rate was not relevant for establishing the value of the music component of the programming retransmitted by the cable industry. This formula was argued to be inequitable to the music collectives because there is no rational connection between the cost of music and the cost of programs to originating broadcasters.

Once again, this Court is not convinced by the argument of the music collectives. The Board specifically gave its rationale for preferring the formula for the allocation of royalties to the music collectives as follows [at page 69]:

The Board finds this ratio more appropriate since the royalties represent the costs to the retransmitters of all programming on distant signals.

(SDE) et l'Association des compositeurs, auteurs et éditeurs du Canada, Limitée (CAPAC) qui prétendent que la Commission n'a pas évalué l'élément musical des émissions ou n'en a pas tenu compte dans son examen de la totalité des droits payables. Elles soutiennent qu'il ressort de la preuve que le critère de comparaison dont s'est servie la Commission—le réseau Arts and Entertainment—n'était pas adéquat, car le prix de gros de ce réseau ne comprenait aucun montant pour les droits sur la musique.

Notre Cour n'est pas convaincue par cette allégation. La décision de la Commission révèle que celle-ci a effectivement évalué l'élément musical des émissions. Toutefois, au lieu d'accepter les droits de 2,1% suggérés par les sociétés collectives de musique (droits fondés sur les recettes brutes provenant de l'industrie de la télévision commerciale au Canada), la Commission a préféré l'allégation de la SCR selon laquelle le «rapport entre les droits pour la musique et les droits pour la retransmission devrait être identique au rapport entre le coût de la musique pour l'industrie de la télévision et le coût des émissions». Bien que ce choix ait entraîné des droits moins élevés que ceux que réclamaient la SDE et la CAPAC, on ne peut pas dire qu'il s'agisse d'une erreur susceptible d'être révisée.

La sixième question, qui a également été présentée par la SDE et la CAPAC, concernait le fait que, dans la répartition des droits, la méthode utilisée en vue de déterminer le montant des droits n'était pas pertinente pour établir la valeur de l'élément musical des émissions retransmises par l'industrie de la câblodistribution. Il a été allégué que cette formule n'était pas juste pour les sociétés collectives de musique parce qu'il n'y a pas de lien logique entre le coût de la musique et le coût des émissions pour les radiodiffuseurs originaires.

Encore une fois, notre Cour n'est pas convaincue par l'allégation des sociétés collectives de musique. La Commission a mentionné expressément le motif pour lequel elle a préféré la formule suivante de répartition des droits entre les sociétés collectives [à la page 69]:

Selon la Commission, ce rapport convient mieux puisque le montant total des droits que les retransmetteurs auront à payer représente pour eux le coût de l'ensemble des émissions des signaux éloignés.

It was within the Board's discretion to prefer this method to that proposed by the music collectives. In allocating the royalties, the Board had to balance a number of competing interests and it chose this method as the one which most fairly addressed the various concerns. I am not persuaded that there is any basis for this Court to interfere with the Board's allocation.

The seventh issue is whether the Board erred in fixing a rate of \$100 per annum for each small system, that is, one having no more than 1,000 subscribers (*Copyright Act*, subsection 70.64(2) [as enacted by S.C. 1988, c. 65, s. 65]; *Definition of Small Retransmission Systems Regulations*, SOR/89-255, subsection 3(1)). It was argued that subsection 70.64(1) [as enacted by S.C. 1988, c. 65, s. 65] of the Act required a "preferential" rate for these small systems, but that this figure was not that—rather it was merely a "nominal" rate which did not reflect the value of the property rights nor the factors which influenced the fixing of the non-preferential rate, and hence should be set aside as irrational.

The Board was given a broad discretion under this Act to fix the amount of royalties to be paid and to determine how the burden of these payments would be borne. In deciding that \$100 was an appropriate figure for these small systems, the Board offered three reasons. A flat rate reduced the administrative and reporting burden on small systems. It made the royalty burden smaller than that carried by large systems for all small systems with over 41 subscribers. The \$100 amount recognized the obligation of the small system to pay for the use of distant signals. This Court can see no reviewable error in these reasons, even though it can understand why PROCAN and CAPAC would object to this rather unscientific method of rate-fixing. The Board was within its discretion in setting a \$100 amount for small systems.

La Commission avait le pouvoir de préférer cette méthode à celle que proposaient les sociétés collectives de musique. Dans la répartition des droits, la Commission devait comparer entre eux un certain nombre de droits concurrents et elle a choisi cette méthode comme étant celle qui abordait le plus équitablement les différents problèmes. Je ne suis pas persuadé de l'existence de quelque fondement qui permette à notre Cour de modifier la répartition établie par la Commission.

En ce qui concerne la septième question, il s'agit de savoir si la Commission a commis une erreur en fixant un taux de 100 \$ par année pour chacun des petits systèmes, c'est-à-dire ceux qui n'ont pas plus de 1 000 abonnés (*Loi sur le droit d'auteur*, paragraphe 70.64(2) [édicte par L.C. 1988, chap. 65, art. 65]; *Règlement sur la définition de petit système de retransmission*, DORS/89-255, paragraphe 3(1)). On a soutenu que le paragraphe 70.64(1) [édicte par L.C. 1988, chap. 65, art. 65] exigeait un taux «préférentiel» dans le cas des petits systèmes, mais que ce chiffre n'en constituait pas un—il s'agissait plutôt d'un simple taux «nominal» qui ne reflétait pas la valeur des droits de propriété ni les facteurs qui influencent sur la fixation du taux non préférentiel, et que par conséquent il devrait être annulé parce qu'il n'est pas raisonnable.

La Commission s'est vu conférer par cette Loi un vaste pouvoir discrétionnaire de fixer le montant des droits à payer et de déterminer de quelle façon serait supporté le poids de ces paiements. La Commission a exposé trois motifs pour établir que la somme de 100 \$ constituait un montant approprié pour ces petits systèmes. Le recours à un taux fixe allégeait le fardeau administratif et les exigences de rapport pour les petits systèmes. Il rendait le poids des droits moins lourd à supporter pour tous les petits systèmes de plus de 41 abonnés que pour les grands systèmes. Le taux de 100 \$ reconnaissait l'obligation faite au petit système de payer pour l'utilisation des signaux éloignés. Notre Cour ne peut relever aucune erreur susceptible de révision dans ces motifs, même si elle peut comprendre les raisons pour lesquelles la SDE et la CAPAC s'opposeraient à cette méthode assez peu scientifique de fixation des taux. La Commission n'a pas outrepassé son pouvoir discrétionnaire en fixant un montant de 100 \$ pour les petits systèmes.

The eighth issue to be considered, also raised by CAPAC and PROCAN, was whether the Board erred in setting a series of different, advantageous rates for systems having between 1,000 and 6,000 subscribers. It is contended that there was no specific statutory authorization for the Board to do this, as there was in the case of small systems. It is also argued that a system of preferential rates was established for some of the "large" systems, whereas the statute provided for such a benefit only for "small" systems as defined in the regulations.

In arriving at its decision, the Board mentioned the "special concerns of small systems" beyond "the boundary between small and large systems" and responded to them by creating a series of increasing rates for the systems with 1,000 to 6,000 subscribers, even though these systems used distant signals to a larger extent than the larger systems. In making use of its broad discretion, the Board took as its guiding principle that the rates it set be fair and equitable. Many of the parties proposed taking the number of subscribers into account in rate-fixing so that clearly they did not feel this to be an unfair or inequitable method of allocation. Consequently, the Board set out a scale of royalty payments generally based on the number of subscribers to each system. Given that the Act does not expressly prohibit the creation of classes of intermediate-sized systems, the Court can find no reviewable error in this determination.

In the result, this section 28 application will be dismissed.

MAHONEY J.A.: I agree.

MACGUIGAN J.A.: I agree.

La huitième question à examiner, qui a été soulevée également par la SDE et la CAPAC, est celle de savoir si la Commission a commis une erreur en fixant une série de taux avantageux différents pour les systèmes de 1 000 à 6 000 abonnés. Il est allégué que la Commission n'avait aucun pouvoir légal précis d'agir ainsi, comme dans le cas des petits systèmes. On soutient également qu'un système de taux préférentiels a été établi pour certains des «grands» systèmes, tandis que la Loi prévoyait un tel avantage seulement pour les «petits» systèmes comme ceux qui sont définis dans le règlement.

Pour aboutir à sa décision, la Commission a mentionné les «préoccupations spéciales des petits systèmes» au-delà «de la ligne de démarcation entre les petits et les grands systèmes» et y a répondu en créant une série de taux croissants pour les systèmes de 1 000 à 6 000 abonnés, même si ces systèmes utilisaient des signaux éloignés dans une plus grande mesure que les grands systèmes. Dans l'utilisation de son vaste pouvoir discrétionnaire, la Commission s'est guidée sur le principe selon lequel les taux qu'elle établissait étaient justes et équitables. Plusieurs des parties ont proposé de tenir compte du nombre d'abonnés dans la fixation des taux de sorte qu'elles ne peuvent manifestement pas estimer que cela constitue une méthode de répartition injuste ou inéquitable. Par conséquent, la Commission a présenté une échelle de droits fondés en général sur le nombre d'abonnés à chacun des systèmes. Vu que la Loi n'interdit pas expressément la création de catégories de systèmes de taille intermédiaire, la Cour ne décèle aucune erreur susceptible de révision dans cette décision-là.

La présente demande fondée sur l'article 28 est donc rejetée.

LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: Je suis d'accord avec les présents motifs.

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: Je suis d'accord avec les présents motifs.

90-T-706

90-T-706

Ronald Allan Moar (Applicant)**Ronald Allan Moar (requérant)**

v.

c.

The Privacy Commissioner of Canada and Canadian Security Intelligence Service (Respondents)

Le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada et le Service canadien du service du renseignement de sécurité (intimés)

INDEXED AS: MOAR v. CANADA (PRIVACY COMMISSIONER) (T.D.)

RÉPERTORIÉ: MOAR c. CANADA (COMMISSAIRE À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE) (1^{re} INST.)

Trial Division, Reed J.—Ottawa, May 14, 1991.

Section de première instance, juge Reed—Ottawa, le 14 mai 1991.

Privacy — Airline employee receiving security clearance after delay — Seeking access to personal information in CSIS files — Filing complaint under Privacy Act — Privacy Commissioner concluding CSIS refusal to allow access justified — Application for review of refusal — Privacy Commissioner moving to be struck as respondent on basis that under Act, s. 41 refusal decision, not Privacy Commissioner's recommendation, subject to judicial review — Privacy Commissioner's decision integral part of scheme — S. 41 review extends to Commissioner's condonation of refusal as well as refusal itself.

Protection des renseignements personnels — Autorisation de sécurité accordée à un employé de compagnie aérienne après un long délai — Demande de communication des renseignements personnels contenus dans les dossiers du SCRS — Dépôt de plainte sous le régime de la Loi sur la protection des renseignements personnels — Conclusion par le Commissaire à la protection de la vie privée que le refus de communication du SCRS était justifié — Recours en révision du refus — Requête introduite par le Commissaire à la protection de la vie privée en radiation de son nom à titre d'intimé par ce motif que l'art. 41 de la Loi prévoit le recours contre la décision de refus, et non pas contre la recommandation du Commissaire — La décision du Commissaire à la protection de la vie privée fait partie intégrante du processus — L'art. 41 embrasse la décision du Commissaire qui approuve le refus au même titre que le refus lui-même.

Construction of statutes — Whether French version of portion of Privacy Act, s. 41 more accurately defining scope of judicial review contemplated — No substantive difference between two versions.

Interprétation des lois — Il échet d'examiner si la version française de l'art. 41 de la Loi sur la protection des renseignements personnels définit plus fidèlement la portée du recours judiciaire prévu — Il n'y a pas de différence de fond entre les deux versions.

Practice — Parties — Privacy Commissioner moving to be struck as respondent upon application for judicial review of personal information access denial — General rule that plaintiff may name as defendants those considered cause of injury — Much of relief sought herein concerning Commissioner's handling of investigation — Motion denied.

Pratique — Parties — Requête introduite par le Commissaire à la protection de la vie privée en radiation de son nom à titre d'intimé dans le recours en révision du refus de communication de renseignements personnels — Selon la règle générale, le demandeur peut citer comme défendeurs ceux qu'il considère comme étant à l'origine du préjudice subi — En l'espèce, le recours est dirigé en grande partie contre la manière dont le Commissaire a effectué son enquête — Requête rejetée.

This was a motion by the respondent, the Privacy Commissioner, to be removed as a party to the action.

Requête, introduite par l'intimé Commissaire à la protection de la vie privée, en radiation de son nom à titre de partie à l'action.

The applicant in the principal action was engaged by Air Canada in March, 1988, to work at Vancouver International Airport, and began his duties there April 3, 1988. His employment was conditional on obtaining a security clearance after review by the Canadian Security Intelligence Service. Clearance was not granted until November 21, 1988. The applicant apparently applied to see the information on him in CSIS' files, and was denied access. He then complained to the Pri-

Le requérant dans l'action principale, engagé en mars 1988 par Air Canada, a commencé à travailler le 3 avril 1988 à l'aéroport international de Vancouver. Son engagement était subordonné à la condition qu'il obtint l'autorisation de sécurité nécessaire après contrôle par le Service canadien du renseignement de sécurité. Il n'obtint cette autorisation de sécurité que le 21 novembre 1988. Il est à présumer que le requérant a demandé à connaître les renseignements le concernant dans les

vacancy Commissioner, who informed the applicant by letter dated March 30, 1990 that he had concluded that the refusal was justified. The applicant brought an application under section 41 of the *Privacy Act*.

The Privacy Commissioner argues that the French text of section 41, which provides an applicant with “*un recours en révision de la décision de refus*”, is more precise and more in keeping with the purposes of the Act than is the English text which speaks of “a review of the matter” and that, since the decision to refuse was that of CSIS, the Privacy Commissioner is not a proper party to the action.

Held, the motion should be dismissed.

Section 41 is to be interpreted in the context of the Act as a whole. Section 12 gives a right of access to personal information contained in government files, and section 16 requires an institution which refuses access to notify an applicant of the right to complain to the Privacy Commissioner. Subsection 35(5) requires the latter to inform a complainant, where there is a continuing refusal, of the right to apply to the Court for a review. The court review is triggered only after the Privacy Commissioner has made his decision. The refusal to provide access is a continuing refusal which is supported by the decision of the Commissioner. The review contemplated by section 41 encompasses the decision of the Commissioner.

Where there is a difference between the French and English versions of a statutory provision, the version prevails which is most in keeping with the scheme of the legislation as a whole, its purpose and object. Here, however, the difference is not one of substance. If it were, the breadth of the English drafting would accord more closely with the objectives and scheme of the Act as a whole. It was not the intention of Parliament to separate out the role of the Privacy Commissioner from the purview of a section 41 review.

A plaintiff is entitled to implead those he considers to have been the cause of the injury which is the subject-matter of the action. Much of the relief sought herein concerns the Privacy Commissioner’s handling of the investigation. Accordingly, it was not only appropriate but necessary to have named that official as a respondent.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 324.
Official Languages Act, R.S.C., 1985, c. O-3, s. 9.
Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 12(1), 13, 19(1), 21, 22(1)(b),(2), 23(a), 26, 35, 41, 42.

dossiers du SCRS, et que cette demande a été rejetée. Il s’est plaint ensuite au Commissaire à la protection de la vie privée qui, par lettre en date du 30 mars 1990, l’a informé que d’après les résultats de l’enquête en la matière, le refus de communication était justifié. Par suite, le requérant a exercé le recours prévu à l’article 41 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

Le Commissaire à la protection de la vie privée soutient que la version française de l’article 41, qui prévoit «un recours en révision de la décision de refus», est plus précise et plus conforme aux objectifs de la Loi que la version anglaise qui prévoit «a review of the matter» et qu’il n’est pas partie à l’action, le refus étant le fait du SCRS.

Jugement: la requête devrait être rejetée.

L’article 41 doit être interprété dans le contexte global de la Loi. L’article 12 reconnaît à l’individu le droit de se faire communiquer les renseignements le concernant et versés dans les dossiers de l’administration fédérale, et l’article 16 prévoit que l’institution qui refuse la communication doit informer l’intéressé qu’il peut s’en plaindre auprès du Commissaire à la protection de la vie privée. Le paragraphe 35(5) fait à ce dernier obligation, en cas de refus qui se poursuit, d’informer le plaignant de son droit de recours en révision devant la Cour. Le recours en justice n’est déclenché qu’après que le Commissaire à la protection de la vie privée a rendu sa décision. Le refus de communication est un refus qui se poursuit dans le temps et qui est confirmé par la décision du Commissaire. Le recours prévu à l’article 41 embrasse aussi la décision du Commissaire.

En cas de différence entre les versions française et anglaise d’un texte de loi, celle qui est plus conforme à l’ensemble de la législation et à ses objets l’emporte. Il n’y a cependant pas en l’espèce différence de fond. Quand bien même ce serait le cas, le libellé plus général du texte anglais cerne de plus près l’objectif visé par la Loi prise dans son ensemble. Le législateur n’entendait pas exclure le Commissaire à la protection de la vie privée du champ d’application de l’article 41.

Le demandeur a le droit de citer comme défendeur toute partie qui, à son avis, a été à l’origine du préjudice visé par l’action. En l’espèce, le recours est dirigé en grande partie contre la manière dont le Commissaire à la protection de la vie privée a effectué son enquête. Dans ce contexte, il est parfaitement indiqué, voire nécessaire, de citer ce dernier dans l’action.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), chap. P-21, art. 12(1), 13, 19(1), 21, 22(1)(b),(2), 23(a), 26, 35, 41, 42.
Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985), chap. O-3, art. 9.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 324.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Ternette v. Solicitor General of Canada, [1984] 2 F.C. 486; (1984), 10 D.L.R. (4th) 587; [1984] 5 W.W.R. 612; 32 Alta. L.R. (2d) 310; 9 Admin. L.R. 24 (T.D.). ^a

REFERRED TO:

R. v. Compagnie Immobilière BCN Ltée, [1979] 1 S.C.R. 865; [1979] C.T.C. 71; (1979), 79 DTC 5068; 25 N.R. 361. ^b

AUTHORS CITED

Beaupré, Remi Michael. *Construing Bilingual Legislation in Canada*, Toronto: Butterworths, 1981.
Meagher, Arthur I. and Meagher, Ronald A. *Parties to an Action*, Toronto: Butterworths, 1988. ^c

COUNSEL:

Peter F. Pauwels for applicant.
John E. M. Lawrence, Q.C. for respondent Privacy Commissioner of Canada. ^d

Mary A. Humphries for respondent Canadian Security Intelligence Service. ^e

SOLICITORS:

Lauk & Associates, Vancouver, for applicant.
Blake, Cassels & Graydon, Vancouver, for respondent Privacy Commissioner of Canada. ^f
Deputy Attorney General of Canada for respondent Canadian Security Intelligence Service. ^g

The following are the reasons for order rendered in English by

REED J.: This is an application by the Privacy Commissioner seeking to be removed as a respondent from these proceedings. The proceedings to which the application relates is one by which the applicant is seeking a review of a refusal to provide him with access to personal information sought pursuant to subsection 12(1) of the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21: ⁱ

12. (1) Subject to this Act, every individual who is a Canadian citizen or a permanent resident within the meaning of the *Immigration Act* has a right to and shall, on request, be given access to ^j

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Ternette c. Solliciteur général du Canada, [1984] 2 C.F. 486; (1984), 10 D.L.R. (4th) 587; [1984] 5 W.W.R. 612; 32 Alta. L.R. (2d) 310; 9 Admin. L.R. 24 (1^{re} inst.).

DÉCISION CITÉE:

R. c. Compagnie Immobilière BCN Ltée, [1979] 1 R.C.S. 865; [1979] C.T.C. 71; (1979), 79 DTC 5068; 25 N.R. 361.

DOCTRINE

Beaupré, Remi Michael. *Interprétation de la législation bilingue*, Montréal: Wilson et Lafleur Ltée, 1986.
Meagher, Arthur I. et Meagher, Ronald A. *Parties to an Action*, Toronto: Butterworths, 1988.

AVOCATS:

Peter F. Pauwels pour le requérant.
John E. M. Lawrence, c.r., pour l'intimé Commissaire à la protection de la vie privée du Canada.
Mary A. Humphries pour l'intimé Service canadien du renseignement de sécurité.

PROCUREURS:

Lauk & Associates, Vancouver, pour le requérant.
Blake, Cassels & Graydon, Vancouver, pour l'intimé Commissaire à la protection de la vie privée du Canada.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé Service canadien du renseignement de sécurité.

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

LE JUGE REED: Requête a été introduite par le Commissaire à la protection de la vie privée en radiation de son nom à titre d'intimé dans cette action, où le requérant au principal exerce un recours en révision du refus de lui communiquer des renseignements personnels sous le régime du paragraphe 12(1) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), chap. P-21: ^h

12. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, tout citoyen canadien et tout résident permanent, au sens de la *Loi sur l'immigration*, a le droit de se faire communiquer sur demande: ⁱ

(a) any personal information about the individual contained in a personal information bank; and

(b) any other personal information about the individual under the control of a government institution with respect to which the individual is able to provide sufficiently specific information on the location of the information as to render it reasonably retrievable by the government institution. ^a

a) les renseignements personnels le concernant et versés dans un fichier de renseignements personnels;

b) les autres renseignements personnels le concernant et relevant d'une institution fédérale, dans la mesure où il peut fournir sur leur localisation des indications suffisamment précises pour que l'institution fédérale puisse les retrouver sans problèmes sérieux.

Facts and Procedural History

The applicant obtained employment with Air Canada at the Vancouver International Airport in March, 1988. He commenced work there on April 3, 1988. That employment was conditional on the applicant obtaining security clearance which was carried out, in part at least, by the Canadian Security Intelligence Service ("CSIS"). ^b

There was, what seemed to the applicant, considerable delay in proceeding with that clearance process. (The applicant was granted security clearance on November 21, 1988.) It is not clear from the material on the file exactly when he sought access to the personal information concerning him which exists on CSIS files. The applicant's affidavit of July 16, 1990 states that "he filed a complaint under s. 12(1) of the *Privacy Act* on September 12, 1989". Subsection 12(1) gives an individual the right to have access to information but it is not pursuant to that section that a complaint to the Privacy Commissioner is made. Since the application before me came by way of Rule 324 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663], an application in writing, and since the exact sequence of events is not crucial for present purposes, I have not sought clarification of this aspect of the case. I have assumed that there was a prior refusal by CSIS, of a request made pursuant to subsection 12(1) and section 13 which gave rise to the complaint to the Privacy Commissioner on September 12, 1989. ^c

In any event, in a letter dated March 30, 1990 the Privacy Commissioner wrote to the applicant stating that the Commissioner's investigation had led him to conclude that the refusal by CSIS to provide access to the information was justified pursuant to sections 19(1), 21, 22(1)(b),(2), 23(a) and 26 of the *Privacy Act*. These allow refusal in cases: where the personal information concerning the individual has been ^d

Les faits de la cause et le contexte procédural

Engagé en mars 1988 par Air Canada, le requérant a commencé à travailler le 3 avril 1988 à l'aéroport international de Vancouver. Cet engagement était subordonné à la condition que le requérant obtînt l'autorisation de sécurité nécessaire, dont une partie au moins relevait du Service canadien du renseignement de sécurité («SCRS»). ^e

Le requérant trouvait que l'enquête de sécurité prenait beaucoup trop de temps (il obtint l'autorisation de sécurité le 21 novembre 1988). Le dossier ne permet pas de savoir exactement à quel moment il a demandé à connaître les renseignements personnels le concernant dans les dossiers du SCRS. Son affidavit en date du 16 juillet 1990 indique qu'[TRADUCTION]«il a déposé le 12 septembre 1989 une plainte en application du paragraphe 12(1) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*». Le paragraphe 12(1) prévoit le droit de se faire communiquer les renseignements, mais ne régit pas les plaintes auprès du Commissaire à la protection de la vie privée. Attendu que la demande dont la Cour est saisie est fondée sur la Règle 324 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663] relative aux requêtes par écrit et que l'ordre chronologique des faits n'est pas crucial pour notre propos, je n'ai pas cherché à clarifier cette question. Je présume qu'il y a eu un refus de la part du SCRS d'accéder à une demande faite en application du paragraphe 12(1) et de l'article 13, ce qui a motivé la plainte faite le 12 septembre 1989 auprès du Commissaire à la protection de la vie privée. ^f

Quoi qu'il en soit, le Commissaire, par lettre en date du 30 mars 1990, a informé le requérant que son enquête l'a conduit à conclure que le refus du SCRS de communiquer les renseignements à ce dernier était justifié par application des articles 19(1), 21, 22(1)(b), (2), 23a) et 26 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Ces dispositions autorisent le refus dans les cas suivants: les renseignements per- ^g

obtained in confidence from another level of government or one of its institutions; where disclosure could reasonably be expected to be injurious to the conduct of international affairs, the defence of Canada, or the efforts of Canada to detect or prevent subversive activities; where disclosure could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of law or the conduct of lawful investigations; where the information was obtained from a confidential source in the course of a lawful investigation; where it was prepared for an investigative body for the determination of whether to grant security clearance; where it contains personal information concerning others in addition to information concerning the person making the request for access.

After receiving the Privacy Commissioner's letter, the applicant commenced the present proceedings pursuant to section 41 of the *Privacy Act*. The original application cited only the Privacy Commissioner as a respondent and contains the following allegations:

1. That the Appellant has a right to access pursuant to the Privacy Act which right has been abridged by the Respondent without sufficient grounds.

2. That the decision of the Respondent to apply the provision of s. 19(1) of the Privacy Act in the absence of a finding that the information which was obtained from an institution of a municipal government was obtained in confidence is wrong in law.

3. That the decision of the Respondent to apply the provision of s. 19(1) of the Privacy Act in the absence of a finding that the information which was obtained from an institution of the municipal government, was not released because the institution having been fully and objectively informed of the nature of the application of the Applicant denied its consent to the release of the information is wrong in law.

4. That as the documents which are the subject matter of the application relate to the employment of the Appellant, it is reasonable to conclude that the grounds claimed by the Privacy Commissioner pursuant to s. 22(1)(b) of the Privacy Act are unreasonable, inapplicable and/or irrelevant to the application of the Appellant under s. 12(1) of the Privacy Act.

5. That the Respondent erred in law in applying the wrong standard or no standard at all with respect to his findings as to

sonnels concernant l'individu ont été obtenus à titre confidentiel d'un autre ordre de gouvernement ou de l'un de ses organismes; la divulgation risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la conduite des affaires internationales, à la défense du Canada, ou à ses efforts de détection ou de prévention d'activités subversives; la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois ou au déroulement d'enquêtes licites; les renseignements ont été obtenus d'une source confidentielle au cours d'une enquête licite; les renseignements ont été préparés à l'intention d'un organisme d'enquête en vue de décider s'il y a lieu de donner l'autorisation de sécurité; les renseignements portent aussi sur un autre individu que celui qui fait la demande.

Ayant reçu la lettre du Commissaire à la protection de la vie privée, le requérant a intenté cette procédure en application de l'article 41 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. La requête initiale ne citait que le Commissaire à la protection de la vie privée comme intimé, avec les conclusions suivantes:

[TRADUCTION] 1. L'appelant tient de la Loi sur la protection des renseignements personnels le droit de consulter son propre dossier, lequel droit lui a été dénié par l'intimé sans motifs satisfaisants.

2. L'intimé a pris une décision contraire à la loi en appliquant la disposition du paragraphe 19(1) de la Loi sur la protection des renseignements personnels sans avoir constaté que les renseignements en cause ont été obtenus à titre confidentiel d'une administration municipale.

3. L'intimé a pris une décision contraire à la loi en appliquant la disposition du paragraphe 19(1) de la Loi sur la protection des renseignements personnels sans avoir constaté que les renseignements en cause, obtenus d'une administration municipale, n'ont pas été communiqués parce que, ayant été pleinement et objectivement informée de la nature de la demande du requérant, cette administration n'a pas consenti à leur communication.

4. Étant donné que les documents visés par la demande ont un effet sur l'engagement du requérant, il y a lieu de conclure que les motifs invoqués par le Commissaire à la protection de la vie privée en application de l'alinéa 22(1)b) de la Loi sur la protection des renseignements personnels sont déraisonnables, inapplicables et étrangers à la demande présentée par le requérant en application du paragraphe 12(1) de la Loi sur la protection des renseignements personnels.

5. L'intimé a commis une erreur de droit soit en appliquant la mauvaise norme soit en n'appliquant aucune norme pour ce

what "may reasonably be expected to be injurious" within the meaning of s. 21 and s. 22(1)(b).

6. That the Respondent erred in law in applying the wrong standard or no standard at all with respect to his findings as to what "may reasonably be expected to reveal" within the meaning of s. 23(a).

7. That as the documents which are the subject matter of application relate to the Applicant himself and not to others, it is reasonable to conclude that the grounds claimed by the Privacy Commissioner pursuant to s. 26 are unreasonable [*sic*], inapplicable or irrelevant to the application of the Appellant under s. 12(1) of the Privacy Act.

8. That the Respondent erred in law in applying the wrong standard or no standard at all with respect to his findings as to what constitutes "personal information about an individual other than the individual who made the request" in s. 26.

9. That the Appellant was denied his right to natural justice or fairness by:

- a. the decision of the Respondent to not provide sufficient information such that the Appellant could have an opportunity to make oral or written submissions to the Respondent as to why access should be allowed.
- b. the failure of the Respondent to comply with requirements of the Privacy Act by responding in a timely fashion and in accordance with the time limitations specified in the Act.
- c. the failure of the Respondent to fully disclose the reasons for refusal except to state he is "satisfied that these exemptions are properly claimed in accordance with the law".

Counsel for the applicant was subsequently advised that CSIS also should be named as a respondent. The style of cause was subsequently so amended.

Application by Privacy Commissioner to be Removed as Respondent

The Privacy Commissioner now brings a motion to be struck out as a respondent in this application. The main argument as I understand it, is based on the text of section 41 of the *Privacy Act*:

41. Any individual who has been refused access to personal information requested under subsection 12(1) may, if a complaint has been made to the Privacy Commissioner in respect of the refusal, apply to the Court for a review of the matter within forty-five days after the time the results of an investigation of the complaint by the Privacy Commissioner are reported to the complainant under subsection 35(2) or within

qui est de sa conclusion relative à ce qui «risquerait vraisemblablement de porter préjudice» au sens de l'article 21 et de l'alinéa 22(1)b).

6. L'intimé a commis une erreur de droit soit en appliquant la mauvaise norme soit en n'appliquant aucune norme pour ce qui est de sa conclusion sur ce qui «risquerait vraisemblablement de divulguer» au sens de l'alinéa 23a).

7. Étant donné que les documents visés à la demande concernent le requérant lui-même et personne d'autre, il y a lieu de conclure que les motifs invoqués par le Commissaire à la protection de la vie privée en application de l'article 26 sont déraisonnables, inapplicables et étrangers à la demande présentée par le requérant en application du paragraphe 12(1) de la Loi sur la protection des renseignements personnels.

8. L'intimé a commis une erreur de droit soit en appliquant la mauvaise norme soit en n'appliquant aucune norme pour ce qui est de sa conclusion relative à ce qui constitue des «renseignements personnels concernant un autre individu que celui qui fait la demande» dans le cas prévu à l'article 26.

9. Le requérant a été privé de son droit à la justice naturelle ou à l'équité par:

- a. la décision de l'intimé de ne pas communiquer suffisamment de renseignements qui permettraient au requérant de lui présenter, oralement ou par écrit, des arguments en faveur de la divulgation,
- b. le fait que l'intimé ne s'est pas conformé aux impératifs de la Loi sur la protection des renseignements personnels en répondant en temps voulu et dans les délais prévus à la Loi,
- c. le fait que l'intimé n'a pas pleinement divulgué les motifs du refus, si ce n'était qu'il était «convaincu que ces exceptions ont été invoquées à bon droit, conformément à la loi».

L'avocat du requérant a été informé par la suite qu'il y avait lieu d'impliquer également le SCRS à titre d'intimé. L'intitulé de la cause a donc été modifié en conséquence.

Requête en radiation du Commissaire à la protection de la vie privée

C'est en cet état de la cause que le Commissaire à la protection de la vie privée introduit une requête en radiation de son nom comme intimé dans l'action principale. Son principal argument est, d'après ce que j'ai pu en juger, fondé sur le texte de l'article 41 de la Loi sur la protection des renseignements personnels:

41. L'individu qui s'est vu refuser communication de renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) et qui a déposé ou fait déposer une plainte à ce sujet devant le Commissaire à la protection de la vie privée peut, dans un délai de quarante-cinq jours suivant le compte rendu du Commissaire prévu au paragraphe 35(2), exercer un recours en révision de la décision de refus devant la Cour. La Cour peut, avant ou

such further time as the Court may, either before or after the expiration of those forty-five days, fix or allow. [Underlining added.]

The Commissioner argues that the French text of section 41 is more precise and more in keeping with the purposes of the *Privacy Act* and that it clearly indicates that it is the decision refusing access to the documents which is subject to review pursuant to section 41 and not the recommendations of the Privacy Commissioner. It is CSIS which gave the refusal.

There is no dispute concerning the law. When a difference exists between the French and English versions of a provision of a statute, the version which is most in keeping with the scheme of the legislation as a whole, its purpose and object, prevails: *Official Languages Act*, R.S.C., 1985, c. O-3, section 9; *R. v. Compagnie Immobilière BCN Ltée*, [1979] 1 S.C.R. 865, at pages 871-872; Beaupré R. M., *Construing Bilingual Legislation in Canada* (Toronto: Butterworths, 1981) at page 125.

It is useful to set out the respondent's written argument in this regard. In part, it is as follows:

22. Section 41 of the *Privacy Act*, in its English version, enables an individual who has been refused access to personal information and who had made a complaint to the Privacy Commissioner with respect to such refusal to "apply to the Court for a review of the matter" (emphasis added).

23. Section 41 of the *Privacy Act*, in its French version, enables an individual who has been refused access to personal information and who has made a complaint to the Privacy Commissioner with respect to such refusal to "exercer un recours en révision de la décision de refus devant la Cour" (emphasis added).

24. The Respondent respectfully submits that the French version of section 41 of the *Privacy Act* is more precise than the English version. The Respondent respectfully submits further that the French version of section 41 of the *Privacy Act* is more consonant with the scheme, intent and spirit of the *Privacy Act* which charges the head of a government institution with the responsibility, subject to the provisions of the *Privacy Act*, to grant or refuse access to personal information requested by individuals and the Privacy Commissioner with the mandate, *inter alia*, to receive complaints from individuals who have been refused access to personal information by a government institution, to review the matter and to make recommendations to the government institution in relation to the refusal.

après l'expiration du délai, le proroger ou en autoriser la prorogation. [Passages non soulignés dans l'original.]

Le Commissaire soutient que la version française de l'article 41 est plus précise et plus conforme aux objectifs de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, et qu'elle indique clairement que c'est la décision de refuser la communication des documents qui est susceptible de révision en application de l'article 41 et non pas les recommandations du Commissaire à la protection de la vie privée. Ce refus était le fait du SCRS.

Les règles de droit sont constantes en la matière. En cas de différence entre les versions française et anglaise d'un texte de loi, celle qui est plus conforme à l'ensemble de la législation et à ses objets l'emporte: *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985), chap. O-3, article 9; *R. c. Compagnie Immobilière BCN Ltée*, [1979] 1 R.C.S. 865, aux pages 871 et 872; Beaupré R. M., *Interprétation de la législation bilingue*, Montréal: Wilson et Lafleur Ltée, 1986, à la page 189:

Il convient, pour notre propos, de rappeler certains passages du mémoire de l'intimé à ce sujet:

[TRADUCTION] 22. La version anglaise de l'article 41 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* prévoit ce droit «to apply to the Court for a review of the matter» (mot non souligné dans l'original) pour quiconque s'est vu refuser communication de renseignements personnels et s'en est plaint auprès du Commissaire à la protection de la vie privée.

23. La version française de l'article 41 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* prévoit le droit d'«exercer un recours en révision de la décision de refus devant la Cour» (mots non soulignés dans l'original) pour quiconque s'est vu refuser communication de renseignements personnels et s'en est plaint auprès du Commissaire à la protection de la vie privée.

24. L'intimé fait respectueusement observer que la version française de l'article 41 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* est plus précise que la version anglaise. L'intimé fait respectueusement observer en outre que la version française de l'article 41 est plus conforme à l'objet et à l'esprit de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, qui investit le responsable de toute institution fédérale de la responsabilité, sous réserve de toutes les dispositions de cette loi, d'autoriser ou de refuser la communication des renseignements personnels demandés par des individus, et le Commissaire à la protection de la vie privée du mandat, entre autres, de recevoir les plaintes de la part d'individus auxquels une institution fédérale a refusé de communiquer les rensei-

25. The Respondent therefore respectfully submits that the word “matter” in section 41 of the Privacy Act must be taken to mean “decision to refuse” and that section 41 thus authorizes an application by an individual who has been refused access to personal information for a review of the decision of such refusal. Since the Privacy Commissioner is not empowered by the Privacy Act to make such a decision, he cannot be a respondent to an application under section 41.

Consideration

I do not share the respondent’s interpretation of section 41. It is important, as the respondent argues, to place that section within the context of the Act as a whole. Section 12 gives individuals a right of access to personal information concerning them contained in government files (subject to certain exceptions). Section 13 provides that an individual who wishes such access shall make a request in writing to the government institution which has control of the information. If the head of that institution refuses access, he or she is required to notify the individual of the refusal and of the fact that a complaint can be made to the Privacy Commissioner concerning the refusal (section 16). There is no section which in express terms gives the individual the right to make such a complaint, for example, by stating “every person who has been refused . . . may initiate a complaint with . . .”. This right is implied from the fact of the notice which must be given pursuant to section 16 and from section 29. Section 29 obligates the Privacy Commissioner to receive and investigate complaints which are received from individuals who have been refused access.

After the Privacy Commissioner has investigated a complaint he or she reports to the individual who filed it (section 35). If the report is that the complaint is well founded, a prior notification of this will have been given to the government institution (section 35) and time allowed for that institution to grant the access sought before a report is made to the complainant. Whether the Commissioner determines that the complaint is well founded and the head of the institution still refuses access or the Commissioner

gnements personnels demandés, d’instruire l’affaire et de faire des recommandations en la matière à l’institution concernée.

25. L’intimé conclut donc respectueusement que le mot «*matter*» figurant dans la version anglaise de l’article 41 de la Loi sur la protection des renseignements personnels doit être considéré comme signifiant «*décision de refus*», et que l’article 41 prévoit ainsi pour l’individu qui s’est vu refuser communication de renseignements personnels le droit de se pourvoir en contrôle judiciaire de ce refus. Comme le Commissaire à la protection de la vie privée n’est pas habilité par la Loi sur la protection des renseignements personnels à prendre cette décision, il ne peut être cité dans le cadre d’un recours exercé en application de l’article 41.

Analyse

Je ne partage pas l’interprétation donnée par l’intimé de l’article 41. Il est important, comme il le fait valoir, de placer cet article dans le contexte global de la Loi. L’article 12, à certaines exceptions près, reconnaît à l’individu le droit de se faire communiquer les renseignements personnels le concernant et versés dans les dossiers de l’administration fédérale. L’article 13 prévoit que quiconque veut se faire communiquer ces renseignements doit en faire la demande par écrit à l’institution fédérale dont ils relèvent. Si le responsable de cette institution refuse la communication, il doit notifier à l’intéressé ce refus et le fait que ce dernier peut s’en plaindre auprès du Commissaire à la protection de la vie privée (article 16). Aucune disposition ne prévoit expressément le droit pour l’individu de formuler cette plainte, par exemple en précisant que «*quiconque s’est vu refuser . . . peut porter plainte auprès de . . .*». Ce droit se dégage implicitement de l’obligation de notification prévue à l’article 16 et de l’article 29. Celui-ci fait au Commissaire à la protection de la vie privée l’obligation de recevoir et d’instruire les plaintes émanant d’individus qui se sont vu refuser communication des renseignements personnels les concernant.

Une fois l’enquête effectuée, le Commissaire à la protection de la vie privée en rend compte au plaignant (article 35). Si le rapport conclut au bien-fondé de la plainte, l’institution fédérale concernée en est informée en premier lieu (article 35) et se voit accorder un délai pour communiquer les renseignements au plaignant avant que celui-ci ne soit mis au courant du rapport. Si le Commissaire conclut au bien-fondé de la plainte et que le responsable de l’institution fédérale concernée persiste à refuser la communica-

determines that the initial refusal was justified, the complainant has a right to seek review by the Federal Court. Subsection 35(5) provides:

35...

(5) Where, following the investigation of a complaint relating to a refusal to give access to personal information under this Act, access is not given to the complainant, the Privacy Commissioner shall inform the complainant that the complainant has the right to apply to the Court for a review of the matter investigated.

Subsection 35(5) prescribes the giving of notice when a complainant is refused access and, as noted above, section 41 provides for the right of review by the Federal Court, on application by the disappointed complainant.

If the Privacy Commissioner has recommended access and the government institution has refused to comply with that recommendation, the Privacy Commissioner may in certain circumstances, apply to the Federal Court for a review of the refusal to disclose (section 42). Nothing is specifically said about the role of the Privacy Commissioner before the Federal Court in cases where continued refusal has been recommended by the Privacy Commissioner and the applicant seeks a review by the Court.

I do not think that the statutory context described above leads to a conclusion that when the applicant seeks a review pursuant to section 41, consequent upon a decision of the Privacy Commissioner upholding the institution's decision not to grant access, that the Privacy Commissioner is not to be a respondent in that action. I draw the opposite conclusion from the context to that drawn by the respondent. This is in part because the Court review is only triggered after the Privacy Commissioner has made his decision. The Privacy Commissioner's decision is an integral part of the whole scheme. I am not convinced that the difference in the wording of the French and English versions is a substantive one, or one which leads to the conclusion which it is sought to draw. The refusal to provide access is a continuing refusal. After the Commissioner's investigation, it is a refusal which in part at least, is conditioned by the fact that the Commissioner has not recommended access. The refusal is supported by the decision of the Commissioner.

tion ou si le Commissaire conclut que le refus initial était justifié, le plaignant peut se pourvoir devant la Cour fédérale conformément au paragraphe 35(5) que voici:

^a 35...

(5) Dans les cas où l'enquête portait sur un refus de communication et que, à l'issue de l'enquête, communication n'est pas donnée au plaignant, le Commissaire à la protection de la vie privée informe celui-ci de l'existence de son droit de recours en révision devant la Cour.

^b Le paragraphe 35(5) prévoit la notification au plaignant en cas de refus de communication et, comme noté plus haut, l'article 41 prévoit le droit de recours en révision devant la Cour fédérale pour le plaignant frustré.

^d Si le Commissaire à la protection de la vie privée a recommandé la communication et que l'institution fédérale concernée refuse de se conformer à cette recommandation, le Commissaire peut, dans certains cas, saisir la Cour fédérale d'un recours en révision du refus de communication (article 42). Il n'y a aucune disposition expresse sur le rôle du Commissaire à la protection de la vie privée devant la Cour fédérale dans le cas où c'est lui-même qui a recommandé le refus de communication et où le demandeur se pourvoit en contrôle judiciaire.

^e Je ne pense pas que le contexte législatif exposé ci-dessus permette de conclure qu'en cas de recours en révision, exercé par le requérant en application de l'article 41, à la suite de la décision du Commissaire à la protection de la vie privée d'approuver le refus de communication, ce recours ne concerne pas le Commissaire. Je tire de ce contexte la conclusion opposée à celle qu'a tirée l'intimé. Cela tient en partie à ce que le recours en justice n'est déclenché qu'après que le Commissaire à la protection de la vie privée a rendu sa décision, laquelle fait partie intégrante du processus dans son ensemble. Je ne suis pas convaincue que la différence de formulation entre les versions française et anglaise soit une différence de fond, ou une différence qui justifie la conclusion que l'intimé en l'espèce cherche à faire valoir. Le refus de communication est un refus qui se poursuit dans le temps. À l'issue de l'enquête du Commissaire, ce refus devient, en partie tout au moins, déterminé par le fait que celui-ci n'a pas recommandé la communi-

The review of the refusal contemplated by section 41, in my view, encompasses the decision of the Commissioner in supporting or condoning the refusal as well as the refusal itself.

I do not think much can be drawn from the fact that the Privacy Commissioner only recommends access rather than ordering such (that is, he or she reports on the validity of the individual's complaint). The general rule is that a plaintiff (or applicant) is entitled to cite as defendant (or respondent) those parties which the plaintiff considers to have been the cause of the injury which forms the subject-matter of the action (or application): Meagher and Meagher, *Parties to an Action* (Toronto: Butterworths, 1988) at page 13. In the present case much of the relief sought is directed at the Privacy Commissioner's handling of the investigation. In such circumstances I think it is entirely appropriate, indeed, necessary to have named the Privacy Commissioner as a respondent.

Also, I do not think much can be drawn from the fact that there is no express provision in the statute setting out the role of the Privacy Commissioner in applications pursuant to section 41. As has been noted above, with respect to the right of individuals to file complaints, not every eventuality need be set out in express detail in order to be contemplated under the Act. If one were applying the civil procedure rules of Quebec, it seems to me this situation would easily be encompassed by adding the Commissioner as a *mis-en-cause* and there would be no question about the appropriateness of doing so.

Lastly, if I am wrong in my interpretation of what is contemplated by "*un recours en révision de la décision de refus*" and the English version, "a review of the matter", is significantly different and broader in scope than its French counterpart, then, I think the English text more closely accords with the objectives and scheme of the Act as a whole. I cannot think it was Parliament's intention to separate out the role of the Privacy Commissioner from the purview of a section 41 review. I note that in *Ternette v. Solicitor General of Canada*, [1984] 2 F.C. 486 (T.D.), Mr.

Le refus est confirmé par la décision du Commissaire. Le recours en révision contre le refus, que prévoit l'article 41, embrasse aussi la décision du Commissaire qui confirme ou approuve ce refus, au même titre que le refus lui-même.

Je ne pense pas qu'on puisse attacher grande importance au fait que le Commissaire à la protection de la vie privée ne fait que recommander la communication, mais ne l'ordonne pas (c'est-à-dire qu'il se prononce sur le bien-fondé de la plainte de l'intéressé). La règle générale est que le demandeur (ou requérant) a le droit de citer comme défendeur (ou intimé) toute partie qui, à son avis, a été à l'origine du préjudice visé par l'action (ou la requête), Meagher et Meagher, *Parties to an Action* (Toronto: Butterworths, 1988), à la page 13. En l'espèce, le recours est en grande partie dirigé contre la manière dont le Commissaire à la protection de la vie privée a effectué son enquête. Dans ce contexte, j'estime qu'il est parfaitement indiqué, voire nécessaire, de citer ce dernier dans l'action.

De même, je ne pense pas qu'on puisse attacher une signification particulière à l'absence dans la Loi d'une disposition expresse sur le rôle du Commissaire à la protection de la vie privée dans les recours exercés en application de l'article 41. Comme noté plus haut, il n'est pas nécessaire, pour ce qui est du droit de l'individu de porter plainte, de prévoir en détail toutes les éventualités pour qu'elles tombent dans le champ d'application de la Loi. Par exemple, si l'action était soumise à l'application des règles de procédure de droit civil du Québec, je pense qu'on pourrait facilement régler le problème par la mise en cause du Commissaire et personne ne songerait à contester pareille solution.

Finalement, même si je me trompe dans mon interprétation du sens de «recours en révision de la décision de refus» et que l'expression correspondante de la version anglaise, «*a review of the matter*», soit bien différente de la version française et ait un sens plus large, je pense que le texte anglais cerne de plus près l'objectif visé par la Loi prise dans son ensemble. Je ne pense pas que le législateur ait voulu exclure le Commissaire à la protection de la vie privée du champ d'application de l'article 41. Il y a lieu de rappeler à ce sujet cette observation incidente du juge

Justice Strayer, by way of *dicta*, made some comments respecting the role of the Privacy Commissioner in section 41 cases, at pages 491-492:

At the hearing, the applicant, who was not represented by counsel, supplemented this general request with some specific complaints against the Privacy Commissioner. He contended that the Commissioner's letter indicated that he had not carried out an investigation; that he had failed to advise the applicant as to whether there was or was not any such information concerning him in this exempt bank; and that he had failed to apply to the Court for a review of the applicant's file (if indeed, there is one in this bank) as he is authorized to do under section 43 of the Act. To the extent that these latter complaints should be taken as a request for some specific remedy against the Privacy Commissioner such as *mandamus*, I do not think they can be entertained without at least impleading the Privacy Commissioner.

I believe, however, that having regard to the Act and the notice of motion this application should be treated as one under section 41 of the Act whereby "Any individual who has been refused access to personal information requested under subsection 12(1) may, if a complaint has been made to the Privacy Commissioner in respect of the refusal, apply to the Court for a review of the matter . . .". It appears to me that the generality of the words "review of the matter" is sufficient to allow me, within the limits otherwise imposed by the Act, to review the conduct of the Governor in Council, the Solicitor General, the RCMP, and the Privacy Commissioner as it relates to the refusal to provide the applicant with the information he seeks. [Underlining added.]

I share this view.

Conclusion

For the reasons given the respondent's application will be dismissed.

Strayer dans *Ternette c. Solliciteur général du Canada*, [1984] 2 C.F. 486 (1^{re} inst.), aux pages 491 et 492, au sujet du rôle du Commissaire à la protection de la vie privée dans les affaires touchant l'article 41:

À l'audience, le requérant, qui n'était pas représenté par un avocat, a ajouté à sa demande générale certaines plaintes précises contre le Commissaire à la protection de la vie privée. Il a allégué que la lettre du Commissaire indiquait que celui-ci n'avait pas effectué d'enquête; qu'il avait omis de faire savoir au requérant si de tels renseignements le concernant étaient classés dans ce dossier inconsultable et qu'il avait omis de demander à la Cour d'examiner le dossier du requérant (s'il y en avait un dans ce fichier) comme il était autorisé à le faire en vertu de l'article 43 de la Loi. Dans la mesure où ces dernières plaintes devraient être considérées comme la demande d'un redressement précis contre le Commissaire à la protection de la vie privée, tel le *mandamus*, je ne crois pas qu'elles puissent être entendues sans que le Commissaire à la protection de la vie privée soit partie aux procédures.

Toutefois, je crois que, compte tenu de la Loi et de l'avis de requête, la présente demande devrait être traitée comme fondée sur l'article 41 de la Loi selon lequel «L'individu qui s'est vu refuser communication de renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) et qui a déposé ou fait déposer une plainte à ce sujet devant le Commissaire à la protection de la vie privée peut . . . exercer un recours en révision de la décision de refus devant la Cour.» Il me semble que le caractère général des mots «révision de la décision» est suffisant pour me permettre, à l'intérieur des limites qui sont autrement imposées par la Loi, d'examiner la conduite du gouverneur en conseil, du solliciteur général, de la GRC et du Commissaire à la protection de la vie privée en ce qui a trait au refus de communiquer au requérant les renseignements qu'il cherche à obtenir. [Passages non soulignés dans l'original.]

Je partage cette vue.

Décision

Par ces motifs, la requête de l'intimé sera rejetée.

<p>T-1036-87 Thomas Fuller Construction Co., (1958) Limited <i>(Plaintiff)</i></p> <p>v.</p> <p>Her Majesty the Queen in right of Canada <i>(Defendant)</i></p> <p>T-1416-87 Thomas Fuller Construction Co., (1958) Limited <i>(Plaintiff/Respondent)</i></p> <p>v.</p> <p>Her Majesty the Queen in right of Canada <i>(Defendant/Applicant)</i></p> <p><i>INDEXED AS: THOMAS FULLER CONSTRUCTION Co., (1958) LTD. v. CANADA (T.D.)</i></p>	<p>T-1036-87 Thomas Fuller Construction Co., (1958) Limited <i>(demanderesse)</i></p> <p>a c.</p> <p>Sa Majesté la Reine du chef du Canada <i>(défenderesse)</i></p> <p>T-1416-87 Thomas Fuller Construction Co., (1958) Limited <i>(demanderesse/intimée)</i></p> <p>b</p> <p>c.</p> <p>c.</p> <p>d</p> <p><i>RÉPERTORIÉ: THOMAS FULLER CONSTRUCTION Co., (1958) LTD. c. CANADA (1^{re} INST.)</i></p>
---	---

Trial Division, Dubé J.—Ottawa, June 17 and 18, 1991.

Contracts — Contractor suing Crown for delay — Contractor having entered into litigation agreements with subcontractors authorizing contractor to sue on their behalf — Subcontractors to provide witnesses, contribute to costs of action — Agreements providing for division of successful judgment — Crown moving to dismiss portion of claim relating to subcontractors — Whether agreements invalid as assignments of bare right to litigate or for maintenance and champerty — Subcontractors having no cause of action against owner — Subcontractor's claims against contractor would arise in negligence — Agreements not creating jurisdiction in Federal Court over subcontractors' claims — Agreements tantamount to maintaining or promoting another's litigation and dividing proceeds thereof — Assignment of cause of action valid where assignee having pre-existing commercial interest in outcome of litigation — Contract with Crown prohibiting assignment without Minister's consent.

This was a motion by the defendant for orders that the litigation agreements between the plaintiff chief contractor and its sub-contractors be declared void and that the plaintiff's claims on behalf of the sub-contractors be dismissed.

The principal actions relate to contracts between the plaintiff and the defendant for construction at the National Aviation

Section de première instance, juge Dubé—Ottawa, 17 et 18 juin 1991.

Contrats — Un entrepreneur a poursuivi la Couronne pour cause de retard — L'entrepreneur avait conclu avec les sous-traitants des ententes en cas de litige qui l'autorisaient à agir en justice pour leur compte — Les sous-traitants devaient fournir des témoignages et payer leur part des frais et dépens de l'action — Les ententes prévoyaient le partage en cas d'un jugement où l'entrepreneur obtiendrait gain de cause — La Couronne a présenté une requête visant le rejet de la partie de la demande concernant les sous-traitants — Les ententes sont-elles invalides parce qu'il s'agirait de cessions d'un simple droit d'agir en justice ou de cessions en vue du soutien d'une partie et de pactes de quota litis — Les sous-traitants n'avaient pas de cause d'action contre la propriétaire — Les réclamations du sous-traitant contre l'entrepreneur seraient fondées sur la négligence — Les ententes ne conféraient pas de pouvoir à la Cour fédérale en ce qui concerne les réclamations des sous-traitants — Les ententes équivalent à soutenir une partie ou à promouvoir l'action d'une autre personne et à partager les dommages-intérêts en résultant — La cession d'une cause d'action est valable lorsque le cessionnaire avait un intérêt commercial préalable dans l'issue du litige — Le contrat passé avec la Couronne interdisait toute cession sans le consentement du ministre.

Il s'agissait d'une requête par laquelle la défenderesse tentait d'obtenir des ordonnances afin que les ententes en cas de litige intervenues entre la demanderesse, qui était l'entrepreneur principal, et ses sous-traitants soient déclarées nulles et que les réclamations présentées par la demanderesse au nom des sous-traitants soient rejetées.

Les actions principales se rapportent à des contrats conclus entre la demanderesse et la défenderesse pour les travaux au

Museum and Ottawa International Airport. The plaintiff and the sub-contractors entered into "litigation agreements" purporting to authorize the plaintiff to sue on behalf of the sub-contractors. By these agreements, the plaintiff acknowledges the validity of the sub-contractors' claims, and they undertake to provide evidence and witnesses, and to contribute to the costs of the action. The head contract under which the plaintiff carried out the work provided that it could not be assigned without the written consent of the Minister, that every subcontract adopt the general terms of the head contract, and that no subcontract impose liability upon the Crown.

Held, the motion should be allowed.

In the absence of privity between the defendant and the sub-contractors, the plaintiff cannot assert their claims as its own. A subcontractor has no right to claim payment from the owner; its recourse is in its claim against the prime contractor. Here, the claims of the subcontractors against the contractor would be in negligence, but the cause of action alleged by the contractor against the owner is delay.

The agreements are an attempt to assign a bare right to sue, which is not assignable unless it is coupled with a property right. The forum for the subcontractors is the court of the province. They cannot create, by contract with the plaintiff, a jurisdiction in the Federal Court. Jurisdiction cannot be brought about by agreement between private parties. Since the liability of the contractor to the subcontractors in negligence is independent of the contractors' cause of action against the owner, that the subcontractors may succeed against the contractor does not entail the liability of the owner to the contractor.

It is maintenance when a person maintains, supports or promotes the litigation of another. Champerty is the taking of action on the part of another in order to take a share in the damages. The assignment of a bare right to sue is champertous unless the assignment conveys a property right to which the right of action is incidental. The litigation agreements are thus tainted by both maintenance and champerty.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

An Act respecting Champerty, R.S.O. 1897, c. 327.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Fredrickson v. Insurance Corporation of British Columbia (1986), 28 D.L.R. (4th) 414; [1986] 4 W.W.R. 504; 3

Musée national de l'aviation et à l'Aéroport international d'Ottawa. La demanderesse et les sous-traitants ont passé des «ententes en cas de litige» visant à autoriser la demanderesse à agir en justice pour le compte des sous-traitants. Par ces ententes, la demanderesse reconnaît la validité des prétentions des sous-traitants, et ceux-ci conviennent de fournir les éléments de preuve et les témoignages nécessaires, et également de payer leur part des frais et dépens de l'action. Dans le contrat principal en vertu duquel la demanderesse a exécuté les travaux, il était prévu que ledit contrat ne pouvait pas être cédé sans le consentement écrit du ministre, que tout sous-contrat devait adopter les modalités d'application générale du contrat principal et qu'aucun sous-contrat n'imposait quelque responsabilité à la Couronne.

Jugement: la requête devrait être accueillie.

En l'absence d'un lien entre la défenderesse et les sous-traitants, la demanderesse ne peut pas faire siennes les demandes des sous-traitants. Le sous-traitant n'a pas le droit de réclamer un paiement du propriétaire; son recours se limite à présenter une réclamation contre l'entrepreneur principal. En l'espèce, les réclamations que les sous-traitants peuvent avoir contre l'entrepreneur découleraient de la négligence, mais la cause de l'action intentée par l'entrepreneur est le retard dû à la propriétaire.

Les ententes tentent de céder un simple droit de poursuivre, lequel est incessible à moins d'être associé à un droit de propriété. C'est au tribunal de la province que doivent s'adresser les sous-traitants. Ils ne peuvent pas, au moyen d'un contrat conclu avec la demanderesse, conférer un pouvoir à la Cour fédérale. On ne peut pas conférer de pouvoir à un tribunal au moyen d'une entente intervenue entre des parties privées. Étant donné que la responsabilité de l'entrepreneur vis-à-vis des sous-traitants pour négligence est indépendante de la cause d'action que l'entrepreneur peut avoir contre le propriétaire, le fait que les sous-traitants puissent obtenir gain de cause contre l'entrepreneur n'entraîne pas la responsabilité du propriétaire vis-à-vis de l'entrepreneur.

Il y a soutien d'une partie lorsqu'une personne soutient, appuie ou promeut l'action d'une autre personne. Le pacte de *quota litis* consiste à intenter une action pour le compte d'une autre personne afin de participer aux dommages-intérêts. La cession d'un simple droit d'agir en justice est de la nature d'un pacte de *quota litis* à moins que la cession ne transporte un droit de propriété auquel le droit d'action est accessoire. Les ententes en cas de litige sont donc viciées par les deux notions du soutien d'une partie et du pacte de *quota litis*.

LOIS ET RÈGLEMENTS

An Act respecting Champerty, R.S.O. 1897, chap. 327.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Fredrickson v. Insurance Corporation of British Columbia (1986), 28 D.L.R. (4th) 414; [1986] 4 W.W.R. 504; 3

B.C.L.R. (2d) 145; 17 C.C.L.I. 194; [1986] I.L.R. 1-2100 (C.A.); affd [1988] 1 S.C.R. 1089; (1988), 49 D.L.R. (4th) 160; 86 N.R. 48.

CONSIDERED:

Trendtex Trading Corp. v. Credit Suisse, [1982] A.C. 679 (H.L.) ^a

REFERRED TO:

Standing v. The London Gas Co. (1861), 21 U.C.Q.B. 209 (C.A.); *Craig v. Matheson* (1899), 32 N.S.R. 452 (C.A.); ^b *Tucker v. Puget Sound Bridge Dredging Co.* (1910), 15 B.C.R. 393; 14 W.L.R. 468 (C.A.); *Derco Industries Ltd. v. A.R. Grimwood Ltd.* (1986), 20 C.L.R. 174 (B.C.S.C.); *A.N. Bail Co. v. Gingras et al.*, [1982] 2 S.C.R. 475; (1982), 54 N.R. 280; *Prosser v. Edmonds* (1835), 1 Y. & C. Ex. 481; 160 E.R. 196 (Ex. Div.); *Board v. Board*, [1919] A.C. 956 (P.C.); ^c *Biro (George) Real Estate Ltd. v. Sheldon*, [1965] 1 O.R. 49; (1965), 46 D.L.R. (2d) 610 (H.C.); *Ellis-Don Ltd. v. Norton*; *Dickie Const. Ltd. v. Bank of N.S.* (1982), 5 C.L.R. 281 (Ont. H.C.); *453416 Ont. Inc. c.o.b. Cranes and Services v. White* (1984), 42 C.P.C. 209 (Ont. H.C.); *Sherman v. Drabinsky* (1990), 74 ^d O.R. (2d) 596 (H.C.).

AUTHORS CITED

Goldsmith, Immanuel and Heintzman, Thomas G., *Goldsmith on Canadian Building Contracts*, 4th ed., ^e Toronto: Carswell, 1988.
Waddams, S.M., *The Law of Contracts*, 2nd ed., Toronto: Canada Law Book Ltd., 1984.
Black's Law Dictionary, 4th ed., St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1968. "champerty". ^f

COUNSEL:

P. Donald Rasmussen and Ernest S. J. Schmidt for plaintiff.
Fred Tayar and R. P. Hynes for defendant. ^g

SOLICITORS:

Rasmussen, Starr & Ruddy, Ottawa, for plaintiff.
^h *Fred Tayar & Associates*, Toronto, for defendant.
Deputy Attorney General of Canada for defendant.

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

DUBÉ J.: These two motions to determine a question of law were heard together pursuant to instructions of the Associate Chief Justice of May 17, 1991. ^j The plaintiff launched these two actions against the

B.C.L.R. (2d) 145; 17 C.C.L.I. 194; [1986] I.L.R. 1-2100 (C.A.); confirmée par [1988] 1 R.C.S. 1089; (1988), 49 D.L.R. (4th) 160; 86 N.R. 48.

DÉCISION EXAMINÉE:

Trendtex Trading Corp. v. Credit Suisse, [1982] A.C. 679 (H.L.).

DÉCISIONS CITÉES:

Standing v. The London Gas Co. (1861), 21 U.C.Q.B. 209 (C.A.); *Craig v. Matheson* (1899), 32 N.S.R. 452 (C.A.); ^b *Tucker v. Puget Sound Bridge Dredging Co.* (1910), 15 B.C.R. 393; 14 W.L.R. 468 (C.A.); *Derco Industries Ltd. v. A.R. Grimwood Ltd.* (1986), 20 C.L.R. 174 (C.S.C.-B.); *A.N. Bail Co. c. Gingras et autres*, [1982] 2 R.C.S. 475; (1982), 54 N.R. 280; *Prosser v. Edmonds* (1835), 1 Y. & C. Ex. 481; 160 E.R. 196 (Ex. Div.); *Board v. Board*, [1919] A.C. 956 (P.C.); ^c *Biro (George) Real Estate Ltd. v. Sheldon*, [1965] 1 O.R. 49; (1965), 46 D.L.R. (2d) 610 (H.C.); *Ellis-Don Ltd. v. Norton*; *Dickie Const. Ltd. v. Bank of N.S.* (1982), 5 C.L.R. 281 (H.C. Ont.); *453416 Ont. Inc. c.o.b. Cranes and Services v. White* (1984), 42 C.P.C. 209 (H.C. Ont.); *Sherman v. Drabinsky* (1990), 74 ^d O.R. (2d) 596 (H.C.).

DOCTRINE

Goldsmith, Immanuel et Heintzman, Thomas G., *Goldsmith on Canadian Building Contracts*, 4th ed., Toronto: Carswell, 1988.
Waddams, S.M., *The Law of Contracts*, 2nd ed., Toronto: Canada Law Book Ltd., 1984.
Black's Law Dictionary, 4th ed., St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1968. «champerty». ^f

AVOCATS:

P. Donald Rasmussen et Ernest S. J. Schmidt pour la demanderesse.
Fred Tayar et R. P. Hynes pour la défenderesse.

PROCUREURS:

Rasmussen, Starr & Ruddy, Ottawa, pour la demanderesse.
^h *Fred Tayar & Associates*, Toronto, pour la défenderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

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

LE JUGE DUBÉ: Les deux présentes requêtes visant à trancher une question de droit ont été instruites en même temps conformément aux directives du juge en chef adjoint en date du 17 mai 1991. La demande- ^j

Crown with reference to two different contracts in which the plaintiff was the main contractor. The first (T-1036-87) is related to the construction of the National Aviation Museum and the second (T-1416-87) to the Ottawa International Airport.

In both actions, the plaintiff included in its claims against the defendant all potential claims the subcontractors may have had against it. The so-called "litigation agreements" between the main contractor and the several subcontractors authorize the plaintiff to sue on behalf of the subcontractors. By these agreements the plaintiff acknowledges the validity of the claims of the respective subcontractors in the sums set out in the respective agreements. The plaintiff also agrees to pursue an action against the Crown for a sum in excess of their claims but which will include their claims. The subcontractors agree to provide such evidence, assistance and witnesses as required, and also agree to contribute to the costs of the action. The agreements also provide for division of a successful judgment, if it cannot be ascertained from the judgment what amounts were awarded in relation to a particular subcontractor's claim. And the agreements provide for an arrangement dealing with the contingency of an offer of settlement which would be acceptable to some claimants and rejected by others.

The motion under action number T-1036-87 (related to the National Aviation Museum) is for an order that the litigation agreements be declared void, or struck down, as offending the laws of maintenance or champerty. The motion in the other action T-1416-87 (related to the Ottawa International Airport) is for an order for judgment dismissing that part of the plaintiff's claim against the defendant relating to the subcontractors.

It was agreed at the outset of the hearing that the motion would be for a determination of a question of

resse a intenté les deux présentes actions contre la Couronne relativement à deux contrats différents dans lesquels ladite demanderesse était l'entrepreneur principal. La première action (T-1036-87) concerne la construction du Musée national de l'aviation et la seconde (T-1416-87), l'Aéroport international d'Ottawa.

Dans les deux actions, la demanderesse a inclus dans ses réclamations contre la défenderesse toutes les réclamations éventuelles que les sous-traitants auraient pu avoir contre celle-ci. Les soi-disant «ententes en cas de litige» intervenues entre l'entrepreneur principal et les nombreux sous-traitants autorisent la demanderesse à agir en justice pour le compte des sous-traitants. Par ces ententes, la demanderesse reconnaît la validité des prétentions des sous-traitants respectifs sur les sommes mentionnées dans les ententes respectives. La demanderesse convient également d'intenter une action contre la Couronne pour un montant supérieur à leurs réclamations mais qui les comprendra. Les sous-traitants conviennent de fournir les éléments de preuve, l'aide et les témoignages qui seront nécessaires, et également de payer leur part des frais et dépens de l'action. Les ententes prévoient également le partage des gains advenant que le jugement leur soit favorable, si l'on ne peut établir à partir du jugement quels montants ont été accordés relativement à la réclamation d'un sous-traitant en particulier. En outre, les ententes prévoient un arrangement au cas où une offre de règlement serait acceptable selon certains réclamants et rejetée par d'autres.

La requête présentée dans le cadre de l'action portant le numéro du greffe T-1036-87 (qui concerne le Musée national de l'aviation) vise à obtenir une ordonnance selon laquelle les ententes en cas de litige seraient déclarées nulles, ou radiées, parce qu'elles contreviennent aux règles du soutien d'une partie ou du pacte de *quota litis*. La requête relative à l'action numéro T-1416-87 (qui se rapporte à l'Aéroport international d'Ottawa) vise à obtenir une ordonnance rejetant la partie de la réclamation présentée par la demanderesse contre la défenderesse en ce qui a trait aux sous-traitants.

Il a été convenu au commencement de l'audience que la requête viserait à trancher une question de

law, namely, whether the so-called litigation agreements between the plaintiff and the subcontractors are invalid because they are assignments of a bare right to litigate or are offensive to the laws of maintenance or champerty.

Because of a trial date set for early September, both parties have asked that I expedite this decision. If necessary, amendments will be made to the pleadings in accordance with my decision.

In my view, the plaintiff cannot assert as its own the claims of its subcontractors in the absence of any privity or liability between the subcontractors and the defendant. The litigation agreements are invalid because they are assignments of a bare right to litigate and they also offend the laws of champerty and maintenance. For the following reasons.

In both contracts between the plaintiff and the defendant, clause GC 3 entitled "Assignment of Contract" under Part C, "General Conditions", expressly forbids any assignments by the contractor without the Minister's consent. The clause reads:

3.1 The contract may not be assigned by the Contractor, either in whole or in part, without the written consent of the Minister.

The subsequent clause GC 4 entitled "Subcontracting by Contractor" provides as follows under clauses 4.7 and 4.8:

4.7 Every subcontract entered into by the Contractor shall adopt all of the terms and conditions of this contract that are of general application.

4.8 Neither a subcontracting nor the Engineer's consent to a subcontracting by the Contractor shall be construed to relieve the Contractor from any obligation under the contract or to impose any liability upon Her Majesty.

Moreover, even without these expressed provisions forbidding assignment or imposition of any further liability upon Her Majesty through subcontracting, there would still be no liability in law upon the

droit, à savoir si les soi-disant ententes en cas de litige intervenues entre la demanderesse et les sous-traitants sont invalides parce qu'elles constituent des cessions d'un simple droit de poursuivre ou vont à l'encontre des règles du soutien d'une partie ou du pacte de *quota litis*.

Comme la date du procès a été fixée au début de septembre, les deux parties ont demandé que je rende rapidement la présente décision. S'il y a lieu, des modifications seront apportées aux plaidoiries en conformité avec ma décision.

À mon avis, la demanderesse ne peut pas faire siennes les demandes de ses sous-traitants en l'absence d'un lien ou d'une obligation entre les sous-traitants et la défenderesse. Les ententes en cas de litige ne sont pas valides parce qu'elles constituent des cessions d'un simple droit de poursuivre et vont également à l'encontre des règles du pacte de *quota litis* et du soutien d'une partie. Et ce, pour les raisons suivantes.

Dans les deux contrats intervenus entre la demanderesse et la défenderesse, la clause GC3 intitulée [TRADUCTION] «Cession de contrat» sous le régime de la Partie C [TRADUCTION] «Conditions générales» interdit expressément toute cession par l'entrepreneur sans le consentement du ministre. La clause est libellée ainsi:

[TRADUCTION] 3.1 Le contrat ne peut pas être cédé par l'entrepreneur, en tout ou en partie, sans le consentement écrit du ministre.

La clause suivante GC4 intitulée [TRADUCTION] «Sous-traitance par l'entrepreneur» prévoit ce qui suit aux paragraphes 4.7 et 4.8:

[TRADUCTION] 4.7 Tout sous-contrat conclu par l'entrepreneur doit adopter toutes les modalités d'application générale du présent contrat.

4.8 Ni la conclusion d'un sous-contrat ni le consentement de l'ingénieur à la conclusion d'un sous-contrat par l'entrepreneur ne seront interprétés comme déchargeant l'entrepreneur de quelque obligation en vertu du contrat ou imposant quelque responsabilité à Sa Majesté.

De plus, même sans ces dispositions interdisant expressément la cession ou l'imposition de quelque responsabilité supplémentaire à Sa Majesté au moyen de la sous-traitance, la propriétaire n'encourrait encore aucune responsabilité en droit à l'égard des

owner for claims by the subcontractors. *Goldsmith on Canadian Building Contracts* (4th)¹ writes:

... the subcontractor has no right to claim payment or compensation from the owner, and his rights are confined to making a claim against the prime contractor.

Clearly, in the absence of any privity between the subcontractors and Her Majesty, they have no right of action against her, particularly in these instances where claims the subcontractors may have against the main contractor would have to arise from the negligence of the main contractor, but the cause of action, as alleged by the contractor, is delay on the part of the owner. Having no cause of action against the owner, the subcontractors may not improve their position by asserting their claims through the main contractor as a nominee. This is clearly an attempt by the contractor to have this Court adjudicate upon a matter for which it has no jurisdiction.

Having said this, it would not be strictly necessary to deal with the arguments based on maintenance and champerty, but having heard arguments at length on the subject, I feel it would be useful to deal with them.

The litigation agreements between the contractor and the subcontractors are clearly an attempt to assign a bare right to sue in contract for damages and constitute as such an assignment which is not recognized by law and are therefore void. By their very nature certain rights are not assignable, including bare rights of litigation, unless the right to sue is coupled with a right of property.²

¹ Goldsmith and Heintzman, *Goldsmith on Canadian Building Contracts*, 4th ed., 1988, at p. 7-6; see also *Standing v. The London Gas Co.* (1861), 21 U.C.Q.B. 209 (C.A.); *Craig v. Matheson* (1899), 32 N.S.R. 452 (C.A.); *Tucker v. Puget Sound Bridge & Dredging Co.* (1910), 15 B.C.R. 393 (C.A.); *Derco Industries Ltd. v. A.R. Grimwood Ltd.* (1986), 20 C.L.R. 174 (B.C.S.C.); and *A.N. Bail Co. v. Gingras et al.*, [1982] 2 S.C.R. 475.

² See *Prosser v. Edmonds* (1835), 1 Y. & C. Ex. 481; 160 E.R. 196 (Ex. Div.). See also Waddams, S.M., *The Law of Contracts*, (2nd ed.), at pp. 197-198.

demandes des sous-traitants. Dans l'ouvrage *Goldsmith on Canadian Building Contracts* (4^e éd.)¹, il est mentionné:

[TRADUCTION] ... le sous-traitant n'a pas le droit de réclamer un paiement ou une indemnité du propriétaire, et ses droits se limitent à présenter une réclamation contre l'entrepreneur principal.

Il est évident que, en l'absence de tout lien entre les sous-traitants et Sa Majesté, ils n'ont aucun droit d'action contre elle, tout particulièrement dans les affaires où les réclamations que les sous-traitants peuvent avoir contre l'entrepreneur principal devraient découler de la négligence de l'entrepreneur principal, mais la cause d'action, selon les allégations de l'entrepreneur, est le retard dû à la propriétaire. N'ayant aucune cause d'action contre la propriétaire, les sous-traitants ne peuvent pas améliorer leur situation en faisant valoir leurs réclamations par la voie de l'entrepreneur principal en tant que mandataire. Il s'agit manifestement d'un cas où l'entrepreneur tente d'amener la Cour à se prononcer sur une affaire à l'égard de laquelle elle n'a pas la compétence voulue.

Cela dit, il ne serait pas strictement nécessaire de traiter des arguments fondés sur le soutien d'une partie et le pacte de *quota litis*, mais, après avoir entendu l'exposé au long desdits arguments sur le sujet, j'estime utile d'en parler.

Les ententes en cas de litige intervenues entre l'entrepreneur et les sous-traitants visent manifestement à céder un simple droit de poursuivre en vertu du contrat en vue d'obtenir des dommages-intérêts et constituent à ce titre une cession qui n'est pas admise par la loi et qui est donc nulle. De par leur nature même, certains droits sont incessibles, notamment les simples droits de poursuivre, à moins que le droit de poursuivre ne soit associé à un droit de propriété².

¹ Goldsmith et Heintzman, *Goldsmith on Canadian Building Contracts*, 4^e éd., 1988, à la p. 7-6; voir également *Standing v. The London Gas Co.* (1861), 21 U.C.Q.B. 209 (C.A.); *Craig v. Matheson* (1899), 32 N.S.R. 452 (C.A.); *Tucker v. Puget Sound Bridge & Dredging Co.* (1910), 15 B.C.R. 393 (C.A.); *Derco Industries Ltd. v. A.R. Grimwood Ltd.* (1986), 20 C.L.R. 174 (C.S.C.-B.); et *A.N. Bail Co. c. Gingras et autre*, [1982] 2 R.C.S. 475.

² Voir *Prosser v. Edmonds* (1835), 1 Y. & C. Ex. 481; 160 E.R. 196 (Ex. Div.). Voir aussi Waddams, S.M., *The Law of Contracts* (2^e éd.), aux p. 197 et 198.

The contract between the owner and the main contractor under clause GC 4.7 does require that every subcontract entered into by the contractor shall adopt all of the terms and conditions of the main contract, but this clause does not create any contractual rights or privity which would allow the subcontractors to exercise a right of property vis-à-vis the owner.³ In the normal course of events the subcontractors would be expected to sue the main contractor in the provincial courts and not the owner in the Federal Court. The litigation agreements cannot have the effect of creating by contract a jurisdiction in the Federal Court which would not otherwise exist. It is a well recognized principle of law that jurisdiction cannot be brought about by way of agreements.⁴

However, even if the subcontractors were to be successful in the provincial courts against the main contractor, it does not necessarily follow that the main contractor would as a matter of course, be successful against the owner in another action, because the negligence or other fault which caused the subcontractors to be successful in their action may be the negligence or other fault of the main contractor, and not of the owner.

“Maintenance” has been defined as “maintaining, supporting or promoting the litigation of another”. “Champerty” is a bargain to divide the proceeds of litigation between the owner of the liquidated claim and a party supporting or enforcing the litigation.⁵ In Ontario, champerty has been defined through legislation: *An Act respecting Champerty*.⁶ The Act is concise and pithy. It contains only these two sections:

1. Champertors be they that move pleas and suits, or cause to be moved, either by their own procurement, or by others, and sue them at their proper costs, for to have part of the land in variance, or part of the gains.

2. All champertous agreements are forbidden, and invalid.

³ See *Goldsmith on Canadian Building Contracts* (4th ed.), at pp. 7-1-7-7.

⁴ See *Board v. Board*, [1919] A.C. 956 (P.C.).

⁵ *Blacks' Law Dictionary* (4th ed.), at p. 292.

⁶ R.S.O. 1897, c. 327.

Le contrat intervenu entre la propriétaire et l'entrepreneur principal en vertu de la clause GC 4.7 exige effectivement que tout sous-contrat conclu par l'entrepreneur adopte toutes les modalités du contrat principal, mais cette clause ne crée pas de lien ou de droits contractuels qui permettent aux sous-traitants d'exercer un droit de propriété vis-à-vis de la propriétaire³. En temps normal, on s'attendrait à ce que les sous-traitants poursuivent l'entrepreneur principal devant les tribunaux provinciaux et non pas la propriétaire devant la Cour fédérale. Les ententes en cas de litige ne peuvent pas avoir pour effet de conférer à la Cour fédérale, par le biais d'un contrat, un pouvoir qui autrement n'existerait pas. Il est bien admis en droit que l'on ne peut pas conférer de pouvoir à un tribunal au moyen d'ententes⁴.

Cependant, même si les sous-traitants devaient obtenir gain de cause devant les tribunaux provinciaux contre l'entrepreneur principal, il ne s'ensuit pas nécessairement que l'entrepreneur principal aurait naturellement gain de cause contre la propriétaire dans une autre action, parce que la négligence ou toute autre faute qui a fait obtenir gain de cause aux sous-traitants dans leur action peut être la négligence ou toute autre faute de l'entrepreneur principal, et non celle de la propriétaire.

Le «soutien d'une partie» a été défini comme [TRADUCTION] «le fait de soutenir, d'appuyer ou de promouvoir l'action d'une autre personne». Le «pacte de *quota litis*» est un marché en vue de partager le produit de l'action entre l'auteur de la demande d'une somme déterminée et une partie qui appuie ou fait valoir l'action⁵. En Ontario, le pacte de *quota litis* a été défini au moyen d'une loi: *An Act respecting Champerty*⁶. La Loi est brève et concise. Elle ne contient que les deux articles suivants:

[TRADUCTION] 1. Les parties à un pacte de *quota litis* sont celles qui poursuivent, ou font poursuivre, une instance à leur propre initiative ou à celle d'autres personnes et la poursuivent à leurs propres frais afin d'acquérir une partie du bien-fonds en contestation ou une partie des gains.

2. Toutes les ententes visant ce but sont interdites et nulles.

³ Voir *Goldsmith on Canadian Building Contracts*, 4^e éd., aux p. 7-1 à 7-7.

⁴ Voir *Board v. Board*, [1919] A.C. 956 (P.C.).

⁵ *Blacks' Law Dictionary*, 4^e éd., à la p. 292.

⁶ R.S.O. 1897, chap. 327.

There are no allegations of bad faith directed at the contractor or the subcontractors, but the two statements of claim, as presently framed include elements (which were only found at discovery) that fall under the definitions of both the doctrines of maintenance and champerty. The litigation agreements between the contractor and the several subcontractors are tantamount to the maintaining, supporting or promoting of the litigation of another, and also of dividing the proceeds of litigation, in the sense that the subcontractors stand to recover their claims and the main contractor stands to be exonerated from liability for those claims. The agreements provide that the main contractor will be entitled to his mark-up over those claims. The main contractor avoids law suits from his subcontractors. The main contractor admits the validity of the claims of the subcontractors, without any consequential liability to him, but full liability for such claims being passed on to the owner, without her having any say in such admissions of liability.

The Ontario jurisprudence in the matter has developed from the English jurisprudence and is based on the premise that the assignment by agreement of the bare right to sue for damages can be deemed a champertous transaction. Courts have held such an agreement to be invalid.⁷

The main English case on the subject is *Trendtex Trading Corp. v. Credit Suisse*.⁸ That House of Lords' decision dealt with the purchase of a right to sue a bank, at considerable potential profit. In that case, the Lords confirmed the principle that the assignment of a bare right to sue for damages is invalid, nevertheless it recognized that where the assignee has by the assignment acquired a property right and the cause of action was incidental to that right, the assignment would constitute lawful maintenance.

⁷ See *Biro (George) Real Estate Ltd. v. Sheldon*, [1965] 1 O.R. 49 (H.C.); *Ellis-Don Ltd. v. Norton*; *Dickie Const. Ltd. v. Bank of N.S.* (1982), 5 C.L.R. 281 (Ont. H.C.); 453416 Ont. Inc. c.o.b. *Cranes and Services v. White* (1984), 42 C.P.C. 209 (Ont. H.C.); and *Sherman v. Drabinsky* (1990), 74 O.R. (2d) 596 (H.C.).

⁸ [1982] A.C. 679 (H.L.).

Il n'y a aucune allégation de mauvaise foi contre l'entrepreneur ou les sous-traitants, mais les deux déclarations, selon leur libellé actuel, contiennent des éléments (qui n'ont été découverts qu'à l'interrogatoire préalable) qui entrent dans les définitions des doctrines du soutien d'une partie et du pacte de *quota litis*. Les ententes en cas de litige intervenues entre l'entrepreneur et les nombreux sous-traitants équivalent à soutenir, appuyer ou promouvoir l'action d'une autre personne et également à partager les gains résultant du litige, en ce sens que les sous-traitants ont des chances de recouvrer leurs réclamations et l'entrepreneur principal d'être exonéré de toute responsabilité à l'égard de ces réclamations. Les ententes prévoient que l'entrepreneur principal aura droit à une part de ces réclamations. L'entrepreneur principal évite les poursuites judiciaires de la part de ses sous-traitants. L'entrepreneur principal reconnaît la validité des réclamations des sous-traitants, sans aucune responsabilité subséquente pour lui, mais l'entière responsabilité à l'égard de ces réclamations est reportée sur la propriétaire, sans que celle-ci ait quelque chose à dire dans de telles admissions de responsabilité.

La jurisprudence de l'Ontario sur cette question vient de la jurisprudence anglaise et se fonde sur la prémisse selon laquelle la cession, par contrat, du simple droit de poursuivre en vue de dommages-intérêts peut être considérée comme une opération de la nature du pacte de *quota litis*. Les tribunaux ont jugé qu'une telle entente n'était pas valide⁷.

Le principal arrêt anglais sur le sujet est l'arrêt *Trendtex Trading Corp. v. Credit Suisse*⁸. Cette décision de la Chambre des lords traite de l'acquisition du droit de poursuivre une banque, avec la possibilité d'en tirer un profit important. Dans cette affaire-là, les lords ont confirmé le principe selon lequel la cession d'un simple droit de poursuivre en vue de dommages-intérêts est invalide, néanmoins ils ont reconnu que, lorsque le cessionnaire a, par la cession, acquis un droit de propriété et que la cause d'ac-

⁷ Voir *Biro (George) Real Estate Ltd. v. Sheldon*, [1965] 1 O.R. 49 (H.C.); *Ellis-Don Ltd. v. Norton*; *Dickie Const. Ltd. v. Bank of N.S.* (1982), 5 C.L.R. 281 (H.C. Ont.); 453416 Ont. Inc. c.o.b. *Cranes and Services v. White* (1984), 42 C.P.C. 209 (H.C. Ont.); et *Sherman v. Drabinsky* (1990), 74 O.R. (2d) 596 (H.C.).

⁸ [1982] A.C. 679 (H.L.).

Following upon that English decision, the Supreme Court of Canada affirmed in 1988 the decision of the British Columbia Court of Appeal in *Fredrickson v. Insurance Corporation of British Columbia*.⁹ In that case, McLachlin J.A. (as she then was) agreed with the trial judge that an assignment of a cause of action may be valid where the assignee has a pre-existing genuine commercial interest in the outcome of the litigation. She also pointed out the six categories of contract which are considered to be unassignable (at page 426). They are:

1. Contracts which expressly by their terms exclude assignment;
2. Mere rights of action (assignments savouring of maintenance and champerty);
3. Contracts which by their assignment throw un contemplated burdens on the debtor;
4. Personal contracts;
5. Assignments void by public policy (public officers' wages or salary and alimony or maintenance agreements); and
6. Assignments prohibited by statutory provisions.

The contract between the plaintiff and the defendant clearly falls under the first heading. As mentioned earlier, clause GC 3 of the General Conditions provides that the contract may not be assigned by the contractor without the consent of the Minister. There is no evidence or allegation to the effect that the minister would have consented in the two instant cases. The second category includes precisely the type of assignments presently under attack. The assignments to the subcontractors would also fall under the third category as they placed upon Her Majesty the un contemplated burden of subcontractors' claims which ought to be directed to the main contractor.

The plaintiff claims that it has a genuine commercial interest in taking the assignments from the subcontractors and enforcing them, for its own benefit

⁹ (1986), 28 D.L.R. (4th) 414 (B.C.C.A.); *affd* by [1988] 1 S.C.R. 1089.

tion est accessoire à ce droit, la cession constituerait le soutien légal d'une partie.

À la suite de cette décision anglaise, la Cour suprême du Canada a confirmé en 1988 la décision rendue par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Fredrickson v. Insurance Corporation of British Columbia*.⁹ Dans cette affaire-là, madame le juge d'appel McLachlin (tel était alors son titre) était d'accord avec le juge de première instance pour dire que la cession d'une cause d'action peut être valide si le cessionnaire a un véritable intérêt commercial préalable dans l'issue du litige. Elle a également énoncé les six genres de contrats qui sont considérés comme incessibles (à la page 426). Ce sont:

- [TRADUCTION] 1. Les contrats qui, selon leurs termes mêmes, excluent expressément la cession;
2. Les simples droits d'action (cessions évoquant à l'esprit l'idée du soutien d'une partie et d'un pacte de *quota litis*);
 3. Les contrats qui, par leur cession même, font peser des charges non prévues sur le débiteur;
 4. Les contrats privés;
 5. Les cessions nulles en vertu de l'ordre public (le traitement des fonctionnaires et les ententes relatives au versement d'une pension alimentaire); et
 6. Les cessions interdites par des dispositions législatives.

Le contrat conclu entre la demanderesse et la défenderesse est visé clairement au premier paragraphe. Ainsi qu'il a déjà été mentionné, la clause GC 3 des Conditions générales prévoit que le contrat ne peut pas être cédé par l'entrepreneur sans le consentement du ministre. Il ne ressort nullement de la preuve ou des allégations que le ministre aurait donné son consentement dans les deux affaires. La deuxième catégorie comprend précisément le genre de cessions qui sont présentement contestées. Les cessions faites aux sous-traitants relèveraient également de la troisième catégorie car elles imposent à Sa Majesté la charge non prévue des réclamations des sous-traitants qui devraient être adressées à l'entrepreneur principal.

La demanderesse prétend qu'elle a un véritable intérêt commercial à accepter les cessions faites par les sous-traitants et à les exécuter à son propre avan-

⁹ (1986), 28 D.L.R. (4th) 414 (C.A.C.-B.); *conf.* par [1988] 1 R.C.S. 1089.

and the benefit of the subcontractors, as against the defendant. In that sense, it is conceded that the financial interest of the plaintiff might be better served by only one action launched in the Federal Court against Her Majesty. It would be to its advantage to clean up all the problems in one stroke, but for reasons mentioned earlier, it cannot legally be done.

Consequently, I find that, for the purposes of these two actions, the litigation agreements are invalid. In view of the urgency expressed by both parties, the plaintiff will have twenty days to amend its statement of claim in accordance with these reasons and the defendant will have a further twenty days to amend her defence, if necessary. Hopefully, this decision will be in the interest of justice and reduce the length of the trial. Under the circumstances, costs will be in the cause.

tage et à celui des sous-traitants, contre la partie défenderesse. Dans ce sens, il est admis que l'intérêt financier de la demanderesse pourrait être mieux servi par une seule et unique action intentée en Cour fédérale contre Sa Majesté. Il serait à son avantage de régler tous les problèmes d'un seul coup, mais, pour les raisons mentionnées précédemment, on ne peut pas légalement le faire.

Par conséquent, j'estime que les ententes en cas de litige ne sont pas valides aux fins des deux présentes actions. Vu l'urgence de la situation exprimée par les deux parties, la demanderesse disposera d'un délai de vingt jours pour modifier sa déclaration en conformité avec les présents motifs et la partie défenderesse disposera de vingt jours supplémentaires pour modifier sa défense, s'il y a lieu. J'espère que la présente décision sera dans l'intérêt de la justice et réduira la durée du procès. Dans les circonstances, les dépens suivront l'issue de la cause.

T-2758-90

T-2758-90

Gerard O'Sullivan (Plaintiff)**Gerard O'Sullivan (demandeur)**

v.

c.

Her Majesty the Queen (Defendant)**a Sa Majesté la Reine (défenderesse)***INDEXED AS: O'SULLIVAN v. M.N.R. (T.D.)**RÉPERTORIÉ: O'SULLIVAN c. M.R.N. (1^{re} INST.)*

Trial Division, Muldoon J.—Toronto, July 9; Ottawa, August 12, 1991.

b Section de première instance, juge Muldoon—
Toronto, 9 juillet; Ottawa, 12 août 1991.

Constitutional law — Charter of Rights — Preamble — Supremacy of God recognized — Preamble not converting Canada into theocracy — Security accorded to all believers in God — Canada not atheistic state as U.S.S.R. was — Canada remaining secular State.

Drroit constitutionnel — Charte des droits — Préambule — Reconnaissance de la suprématie de Dieu — Le préambule ne transforme pas le Canada en une théocratie — Tous ceux qui croient en Dieu sont protégés — Le Canada n'est pas un État athée comme l'était l'U.R.S.S. — Le Canada demeure un État laïque.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental freedoms — Conscience and religion — Taxpayer seeking to withhold portion of income tax used to fund abortions as freedom of conscience and religion violated — No nexus argument (accepted by F.C.A. in Prior v. Canada) disagreed with — Opposition to law, government projects expressible at elections, in Parliament, in Court — Compulsion to pay taxes portion of which supporting abortions may infringe freedom of religion but saved by Charter, s. 1.

Drroit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Conscience et religion — Le contribuable voulait retenir la portion de l'impôt sur le revenu qui sert à financer des avortements en raison de la violation de sa liberté de conscience et de religion — L'argument relatif à l'absence de lien (auquel la C.A.F. a souscrit dans Prior c. Canada) est rejeté — L'opposition aux lois et aux projets gouvernementaux s'exprime lors des élections, au Parlement et devant les tribunaux — L'obligation de payer des impôts dont une portion sert à financer des avortements peut porter atteinte à la liberté de religion mais elle est justifiée par l'art. premier de la Charte.

Income tax — Taxpayer withholding \$50 as use of taxpayers' money to fund abortions "cannot be justified by any method of tax assessment" — Appeal from order striking statement of claim in appeal, by trial de novo, from Tax Court decision — Reference to Charter preamble recognizing supremacy of God — Argument taxpayer's Charter, s. 2 rights infringed — No nexus argument, accepted by Federal Court in Prior v. Canada, rejected as lawyers' sophistry — Requirement to pay taxes portion of which used to fund abortions infringing freedom of religion but saved by Charter, s. 1.

Impôt sur le revenu — Le contribuable a retenu la somme de 50 \$ au motif que l'utilisation de l'argent des contribuables pour financer des avortements «ne peut être justifiée par aucune méthode de cotisation fiscale» — Appel interjeté contre l'ordonnance radiant la déclaration dans l'appel par voie de procès de novo interjeté contre une décision de la Cour de l'impôt — Mention du préambule de la Charte qui reconnaît la suprématie de Dieu — Le contribuable prétend qu'on a porté atteinte aux droits qui lui sont garantis par l'art. 2 de la Charte — L'argument relatif à l'absence de lien, auquel la Cour fédérale a souscrit dans Prior c. Canada, a été rejeté en tant que sophisme de la part des avocats — L'obligation de payer des impôts dont une portion sert à financer des avortements porte atteinte à la liberté de religion mais est justifiée par l'art. premier de la Charte.

Practice — Parties — Standing — Taxpayer appealing by trial de novo from Tax Court decision disallowing withholding of \$50 on basis use of taxpayers' money to fund abortions unjustified by any tax assessment method — Reference to F.C.A. decision in Optical Recording case which appears to immunize M.N.R. from judicial review in certain circumstances — Reference to cases on standing to challenge constitutionality of legislation — Taxpayer having standing to seek general declaration of constitutional interpretation as well as in context of own tax assessment appeal.

Pratique — Parties — Qualité pour agir — Le contribuable interjeté appel par voie de procès de novo contre la décision par laquelle la Cour de l'impôt a refusé la somme de 50 \$ qu'il a retenue au motif que l'utilisation de l'argent des contribuables pour financer des avortements n'est justifiée par aucune méthode de cotisation fiscale — Mention de la décision rendue par la C.A.F. dans l'arrêt Optical Recording qui semble mettre le M.R.N. à l'abri de tout contrôle judiciaire dans certaines circonstances — Mention d'arrêts sur la qualité pour contester la constitutionnalité des lois — Le contribuable a qualité pour demander une déclaration générale de la nature

This was an appeal from an order of the Associate Senior Prothonotary striking the statement of claim as disclosing no reasonable cause of action. The principal action was an appeal from a decision of the Tax Court refusing the taxpayer's claim to withhold \$50 from his income taxes, that sum representing taxes which go, via transfer payments and the provincial health systems, to pay for abortions.

Held, the appeal should be dismissed.

The taxpayer has standing to bring, and the Court has jurisdiction to hear, an action for a declaration of constitutional interpretation. As a taxpayer, he has standing to seek that interpretation in the context of an appeal against his tax assessment. Applicants ought not to be thwarted in constitutional applications by sterile procedural obstacles. The plaintiff meets the test for standing to seek a declaration that legislation is unconstitutional enunciated by the Supreme Court in *Minister of Justice of Canada et al. v. Borowski*: that there be a serious issue as to its invalidity, that he have a genuine interest as a citizen in the validity of the legislation, and that there be no other reasonable and effective manner in which the issue may be brought before the Court.

The recognition of the supremacy of God in the preamble to the Charter prevents Canada from becoming an officially atheistic state; it does not prevent it from being a secular state. The secular state leaves religion alone, with the exception that it is required to intervene to prevent practices, founded in religious beliefs, which cause physical or mental harm to others or violate their constitutional rights. The history of inhumanity carried out in the name of religion shows that the resolutely secular state is the sure foundation of security, including security of religious belief. The secular state is neither bound nor permitted to promote every expression of conscience or religion. The guarantee of freedom of religion in paragraph 2(a) of the Charter means not only that the state may not infringe that right, but that it must protect it. While the legal compulsion to pay taxes which are used in a manner which offends the taxpayer's religious beliefs probably does limit his freedom of religion, that requirement is saved by the limitation clause in section 1 of the Charter. The argument that there is no nexus between the programs of government and the contribution that every taxpayer makes to those programs—accepted by the Federal Court of Appeal in *Prior*—is little more than lawyers' sophistry. The nexus is real. The taxpayer has, however, legal means of opposition—including voting, litigation, and lawful expressions of dissent—to programs with which he disagrees. Since he is under a legal compulsion to pay taxes, the use made of those taxes need not weigh on his conscience where he dissents from those uses.

d'une interprétation constitutionnelle et pour le faire dans le cadre de l'appel qu'il a interjeté de sa cotisation d'impôt.

Il s'agit d'un appel interjeté contre l'ordonnance par laquelle le protonotaire adjoint a radié la déclaration du contribuable parce qu'elle ne révélait aucune cause raisonnable d'action. L'action principale était un appel interjeté contre la décision par laquelle la Cour de l'impôt a rejeté la demande du contribuable de retenir la somme de 50 \$ de son impôt sur le revenu, cette somme représentant les impôts qui, par le truchement des paiements de transfert et des systèmes de santé provinciaux, servent à financer des avortements.

Jugement: l'appel devrait être rejeté.

Le contribuable a qualité pour intenter une action, que la Cour a compétence pour instruire, en vue d'obtenir une déclaration de la nature d'une interprétation constitutionnelle. En tant que contribuable, il a qualité pour demander cette interprétation dans le cadre d'un appel interjeté contre sa cotisation d'impôt. On ne doit pas barrer la route à des demandeurs dans des demandes constitutionnelles en dressant de vains obstacles de procédure. Le demandeur satisfait au critère relatif à l'intérêt requis pour demander que la loi soit déclarée inconstitutionnelle énoncé par la Cour suprême dans l'arrêt *Ministre de la Justice du Canada et autre c. Borowski*, à savoir que la question du caractère invalide de la loi se pose sérieusement, que le demandeur a, à titre de citoyen, un intérêt véritable quant à la validité de la loi, et qu'il n'y a pas d'autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la Cour.

La reconnaissance de la suprématie de Dieu dans le préambule de la Charte empêche le Canada de devenir un État officiellement athée; elle ne l'empêche pas d'être un État laïque. Un État laïque ne s'occupe pas de religion, à une exception près: il est obligé d'intervenir pour empêcher des pratiques fondées sur des croyances religieuses qui font du tort à autrui physiquement ou mentalement, ou portent atteinte aux droits garantis à autrui par la Constitution. L'histoire des brutalités commises au nom de la religion montre que le caractère résolument laïque de l'État est l'assise solide de la sécurité de chacun, y compris de la protection des croyances religieuses. L'État laïque n'est pas tenu de favoriser toutes les expressions de la liberté de conscience ou de religion, ni autorisé à le faire. La liberté de religion qui est garantie par l'alinéa 2a) de la Charte signifie non seulement que l'État ne peut y porter atteinte, mais aussi qu'il doit la protéger. Il est probable que l'obligation légale de payer des impôts qui sont utilisés d'une manière qui porte atteinte aux croyances religieuses du contribuable empiète sur sa liberté de religion, mais cette obligation est justifiée par l'article premier de la Charte. L'argument selon lequel il n'y a pas de lien entre les programmes gouvernementaux et la participation de chaque contribuable à ces programmes—auquel la Cour d'appel fédérale a souscrit dans l'arrêt *Prior*—n'est rien de plus qu'un sophisme de la part des avocats. Ce lien est réel. Le contribuable a toutefois des moyens licites de manifester son opposition à des programmes qui ne lui conviennent pas, notamment le droit de vote, les poursuites en justice et les manifestations de dissidence légitimes. Comme il est tenu par la loi de payer des impôts, l'utilisation qui est faite des sommes perçues en impôt ne saurait

peser sur sa conscience lorsqu'il s'agit d'utilisations auxquelles il s'oppose.

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], preamble, ss. 1, 2(a), 7, 11(d), 28.
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 251 (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 93, s. 22.1).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 174, 175(1)(b), 223.
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63.
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Minister of Justice of Canada et al. v. Borowski, [1981] 2 S.C.R. 575; (1981), 130 D.L.R. (3d) 588; [1982] 1 W.W.R. 97; 12 Sask. R. 420; 64 C.C.C. (2d) 97; 24 C.P.C. 62; 24 C.R. (3d) 352; 39 N.R. 331.

DISTINGUISHED:

Optical Recording Corp. v. Canada, [1991] 1 F.C. 309; (1990), 90 DTC 6647; 116 N.R. 200 (C.A.).

CONSIDERED:

Thorson v. Attorney General of Canada et al., [1975] 1 S.C.R. 138; (1974), 43 D.L.R. (3d) 1; 1 N.R. 225; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75 Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; (1988), 63 O.R. (2d) 281; 44 D.L.R. (4th) 385; 37 C.C.C. (3d) 449; 62 C.R. (3d) 1; 31 C.R.R. 1; 82 N.R. 1; 26 O.A.C. 1; *R. v. Ingebrigtsen* (1990), 114 N.R. 381 (Ct. Martial App. Ct.); *Prior v. Canada*, [1988] 2 F.C. 371; [1988] 1 C.T.C. 241; (1988), 88 D.T.C. 6207; 18 F.T.R. 227 (T.D.) affirmed (1989), 44 C.R.R. 110; [1989] 2 C.T.C. 280; 89 D.T.C. 5503; 28 F.T.R. 240; 101 N.R. 401 (C.A.).

REFERRED TO:

R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al., [1985] 1 S.C.R. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81; *Reed v. Canada*, [1989] 3 F.C. 259; (1989), 41 C.R.R. 371; [1989] 2 C.T.C. 192; 89 DTC 5230 (T.D.); *R. v. Fosty*, [1989] 2 W.W.R. 193; (1989), 55 Man. R. (2d) 289; 46 C.C.C. (3d) 449; 68 C.R. (3d) 382; 41 C.R.R. 20 (Man. C.A.); *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263; *Reference Re*

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], préambule, art. 1, 2a), 7, 11d), 28.
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, s. 251 (mod. par S.C. 1974-75-76, chap. 93, art. 22.1).
Code criminel, L.R.C. (1985), chap. C-46, art. 174, 175(1b), 223.
Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 52.
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 419.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Ministre de la Justice du Canada et autre c. Borowski, [1981] 2 R.C.S. 575; (1981), 130 D.L.R. (3d) 588; [1982] 1 W.W.R. 97; 12 Sask. R. 420; 64 C.C.C. (2d) 97; 24 C.P.C. 62; 24 C.R. (3d) 352; 39 N.R. 331.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Optical Recording Corp. c. Canada, [1991] 1 C.F. 309; (1990) 90 DTC 6647; 116 N.R. 200 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Thorson c. Procureur général du Canada et autres, [1975] 1 R.C.S. 138; (1974), 43 D.L.R. (3d) 1; 1 N.R. 225; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75 Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; (1988), 63 O.R. (2d) 281; 44 D.L.R. (4th) 385; 37 C.C.C. (3d) 449; 62 C.R. (3d) 1; 31 C.R.R. 1; 82 N.R. 1; 26 O.A.C. 1; *R. c. Ingebrigtsen* (1990), 114 N.R. 381 (C.A.C.M.); *Prior c. Canada*, [1988] 2 C.F. 371; [1988] 1 C.T.C. 241; (1988), 88 D.T.C. 6207; 18 F.T.R. 227 (1^{re} inst.) confirmé (1989), 44 C.R.R. 110; [1989] 2 C.T.C. 280; 89 D.T.C. 5503; 28 F.T.R. 240; 101 N.R. 401 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres, [1985] 1 R.C.S. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81; *Reed c. Canada*, [1989] 3 C.F. 259; (1989), 41 C.R.R. 371; [1989] 2 C.T.C. 192; 89 DTC 5230 (1^{re} inst.); *R. v. Fosty*, [1989] 2 W.W.R. 193; (1989), 55 Man. R. (2d) 289; 46 C.C.C. (3d) 449; 68 C.R. (3d) 382; 41 C.R.R. 20 (C.A. Man.); *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263; *Renvoi relatif*

Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.), [1987] 1 S.C.R. 1148.

COUNSEL:

Paul Vandervet for plaintiff.
Livia Singer for defendant.

SOLICITORS:

Vandervet Karkkainen, Brantford, Ontario, for plaintiff.
Deputy Attorney General of Canada for defendant.

The following are the reasons for order rendered in English by

MULDOON J.: In this case are involved very serious considerations about the nature of Canada and whether the State is to be characterized legally and constitutionally as atheistic, secular or theocratic. In fact, the nature of the present proceeding is the plaintiff's appeal by way of trial *de novo* from the decision of Judge Mogan of the Tax Court dismissing his appeal, in file no. 90-691 (IT). The Crown moved to strike out the plaintiff's statement of claim—his means of appealing against the Tax Court decision—on most of the multiple grounds stated in Rule 419 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663], by alleging:

(a) the statement of claim discloses no reasonable cause of action under Rule 419(1)(a) . . . ; and

(b) the statement of claim is immaterial or redundant, is scandalous, frivolous, and vexatious, or is otherwise an abuse of the proceeds [*sic*] of the Court under Rules 419(1)(b),(c) and (f) . . . ,

(c) the [Federal] Court lacks jurisdiction to grant the relief claimed.

The Crown's motion was allowed by Peter A. K. Giles, Esq., Associate Senior Prothonotary, who ordered that the plaintiff's statement of claim be struck out, but without applying any pejorative adjectives to it. The plaintiff now appeals from the prothonotary's order.

In filing his 1988 income tax return, Mr. O'Sullivan [hereinafter: the taxpayer] computed his tax and remitted the sum payable, less the amount of \$50

au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.), [1987] 1 R.C.S. 1148.

AVOCATS:

Paul Vandervet pour le demandeur.
Livia Singer pour la défenderesse.

PROCUREURS:

Vandervet Karkkainen, Brantford (Ontario), pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

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

LE JUGE MULDOON: La présente espèce appelle des observations très sérieuses au sujet de la nature du Canada et de la question de savoir s'il doit être qualifié juridiquement et constitutionnellement d'État athée, laïque ou théocratique. En fait, la Cour est saisie en l'espèce d'un appel par voie de procès *de novo* que le demandeur a interjeté contre la décision par laquelle le juge Mogan de la Cour de l'impôt a rejeté son appel inscrit au greffe sous le n° 90-691 (IT). S'appuyant sur la plupart des nombreux motifs prévus à la Règle 419 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663], la Couronne a demandé par voie de requête que soit radiée la déclaration du demandeur qui avait eu recours à ce moyen pour en appeler de la décision de la Cour de l'impôt, en alléguant:

[TRADUCTION] a) que la déclaration ne révèle aucune cause raisonnable d'action aux termes de l'alinéa 419(1)a) . . . ; et

b) que la déclaration n'est pas essentielle ou qu'elle est redondante, qu'elle est scandaleuse, futile ou vexatoire, ou qu'elle constitue par ailleurs un emploi abusif des procédures de la Cour aux termes des alinéas 419(1)b),c) et f) . . . ;

c) que la Cour [fédérale] n'a pas compétence pour accorder le redressement demandé.

La requête de la Couronne a été accueillie par le protonotaire adjoint, M. Peter A. K. Giles, qui a ordonné la radiation de la déclaration du demandeur en s'abstenant toutefois d'employer quelque adjectif péjoratif que ce soit. Le demandeur interjette maintenant appel de l'ordonnance du protonotaire.

Lorsqu'il a produit sa déclaration d'impôt sur le revenu de 1988, M. O'Sullivan [ci-après appelé le contribuable] a calculé son impôt et a versé la somme

which he withheld for the reason expressed in a letter attached to that return:

This money will be held in trust in solemn protest against the use of taxpayer's money to pay for the murder of the unborn.

In his notice of appeal in the Tax Court, the taxpayer stated his primary reason for appealing to be:

The use of taxpayers' money to pay for the annual killing of an estimated 100,000 unborn children is a flagrant violation of law and cannot be justified by any method of tax assessment.

In light of the sum of \$50 which the taxpayer withheld, it is not correct to say, as the Crown earlier did, that he is not seeking a change to his taxable income as assessed. In effect the taxpayer claims that the last \$50 of tax which he would otherwise have had to pay is too much to accommodate his conscience in regard to its use in funding "the murder of the unborn". Obviously the taxpayer does not refer to unborn generations yet to come: he clearly means already conceived foetal humans, snuffed out in the process of terminating their mothers' pregnancies.

Given the definition of a "human being" enacted by Parliament in section 223 of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46], some may criticize the expression "foetal human", but, of course, the human being's predecessor according to section 223 is a "child" or, one might equally logically say a baby, infant or foetal human as distinct from a juvenile human or an adult human. Not a pig or a puppy. When abortionists snuff out foetal humans, it is an occasion of humans killing their own species. This, it seems clear, is the taxpayer's view of it, and is his religious belief which the Crown attorney herein characterized as undoubtedly "sincere". It is based on the religious commandment which some juvenile and adult humans would extend to pigs and puppies, but which applies certainly to humans: "Thou shalt not kill." The whole question of Parliament's purporting to define by ordinary legislation (subsection 223(1) of the *Criminal Code*) when the foetal sons and foetal daughters, the children of certifiably human parents become human beings is not a question directly

due moins 50 \$, montant qu'il a retenu pour la raison indiquée dans une lettre jointe à ladite déclaration d'impôt:

[TRADUCTION] Cet argent sera gardé en fidéicommiss pour protester solennellement contre l'utilisation de l'argent du contribuable pour financer le meurtre d'enfants non encore nés.

Dans son avis d'appel auprès de la Cour de l'impôt, le contribuable a déclaré que le but premier de son appel était le suivant:

[TRADUCTION] L'utilisation de l'argent des contribuables pour financer le meurtre, chaque année, d'environ 100 000 enfants non encore nés constitue une violation flagrante de la loi et ne peut être justifiée par aucune méthode de cotisation fiscale.

Vu la somme de 50 \$ qui a été retenue, il est inexact de dire, comme la Couronne l'a fait antérieurement, que le contribuable ne cherche pas à faire modifier son revenu imposable tel qu'il a été établi.

En réalité, le contribuable prétend que la dernière portion de 50 \$ d'impôt qu'il aurait par ailleurs dû verser est trop considérable pour qu'il transige avec sa conscience eu égard à l'utilisation de cette somme pour financer [TRADUCTION] «le meurtre d'enfants non encore nés». À l'évidence, le contribuable ne fait pas allusion aux générations futures; il désigne clairement les humains encore à l'état de fœtus qui meurent durant l'interruption de grossesse de leur mère.

Vu la définition de l'expression «être humain» adoptée par le Parlement à l'article 223 du *Code criminel* [L.R.C. (1985), chap. C-46], certains peuvent critiquer l'expression «humain à l'état de fœtus», mais comme de raison le prédécesseur de l'être humain selon l'article 223 est un «enfant» ou, pourrait-on dire tout aussi logiquement, un bébé, un nourrisson ou un fœtus, par opposition à un adolescent ou à un adulte. Ce n'est pas un porc ni un chiot. Les avorteurs qui suppriment des fœtus sont des humains qui tuent des membres de leur propre espèce. Il semble évident que c'est l'opinion du contribuable sur l'avortement, et qu'elle repose sur une croyance religieuse que le procureur de la Couronne en l'espèce a qualifiée d'indubitablement «sincère». Son fondement est le commandement religieux que certains adolescents et certains adultes iraient jusqu'à appliquer aux porcs et aux chiots, mais qui s'applique certainement aux humains: «Tu ne tueras pas». Le fait que le Parlement prétende définir par une disposition législative ordinaire (paragraphe 223(1) du *Code*

issue here, but it obviously is central to the taxpayer's religious beliefs. This matter merits further consideration, but first one ought to dispose of the matter of jurisdiction.

There is no doubt that the taxpayer has standing to bring this issue before the Court. As it had done before, the Crown alleged that the Tax Court (and hence, presumably, this Court, on appeal from the former) lacked jurisdiction. The learned Tax Court Judge in this taxpayer's appeal, noted such objection on the Crown's part: and he either did not deal with it; or he held that it had been answered when the taxpayer "then stated orally that he wanted his federal income tax liability reduced by \$1.00 as a sign that his conscience has been violated."

It is not entirely clear in his reasons how Judge Mogan disposed of that issue. In any event, the Appeal Division of this Court has recently cast doubt on the matter in *Optical Recording Corp. v. Canada*, [1991] 1 F.C. 309, wherein the Court appears to immunize the Minister of National Revenue from judicial review at a taxpayer's behest or any other proceedings outside of the strict parameters and avenues of appeal provided in the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63]. While attempting to formulate his appeal in accordance with those strictures, the taxpayer concurrently, and apparently without the benefit of a solicitor's services, draws the Court's attention to section 52 of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, no. 44] which proclaims the Constitution's hegemony over all other inconsistent laws. Despite the taxpayer's claim that any law which compels him to pay tax money to the State for distribution in part to fund abortion services is unconstitutional by reason, as he asserts, that it violates his fundamental freedom of conscience and religion, he is compliantly following what now may be the only appellate avenue open to him if, indeed, the Appeal

criminel) à quel moment des fils et des filles à l'état de fœtus, les enfants de parents authentiquement humains, deviennent des être humains n'est pas une question directement litigieuse en l'espèce, mais c'est manifestement un élément fondamental des croyances religieuses du contribuable. Cette question mérite un examen plus approfondi, mais il convient d'abord de trancher la question relative à la compétence de la Cour.

Il ne fait aucun doute que le contribuable a qualité pour saisir la Cour de la question soulevée en l'espèce. Comme elle l'avait fait précédemment, la Couronne a soutenu que la Cour de l'impôt (et partant, selon toute vraisemblance, la présente Cour, siégeant en appel de la première) était dépourvue de compétence. Le juge de la Cour de l'impôt qui a entendu l'appel du contribuable a pris note de l'objection de la Couronne: ou bien il n'a pas statué sur celle-ci, ou bien il a jugé que réponse y avait été donnée lorsque le contribuable [TRADUCTION] «a alors déclaré oralement qu'il voulait qu'on diminue son obligation fiscale fédérale de 1 \$ comme preuve de la violation de sa conscience».

On ne voit pas tout à fait clairement dans les motifs du juge Mogan comment celui-ci a tranché ce point. De toute façon, la Section d'appel de la présente Cour a récemment émis des doutes sur la question dans *Optical Recording Corp. c. Canada*, [1991] 1 C.F. 309, arrêt dans lequel la Cour semble mettre le ministre du Revenu national à l'abri de tout contrôle judiciaire demandé par un contribuable ou de toute autre poursuite ne respectant pas les stricts paramètres et voies d'appel prévus dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, chap. 63]. Tout en s'efforçant de formuler son appel en respectant ces limitations, le contribuable en profite, apparemment sans l'aide d'un avocat, pour attirer l'attention de la Cour sur l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], qui proclame la suprématie de la Constitution sur les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. Même s'il prétend qu'une disposition législative l'obligeant à verser des sommes que l'État dépense en partie à des fins d'avortement est inconstitutionnelle au motif, comme il l'affirme, qu'elle porte atteinte à sa liberté fondamentale de conscience

Division's decision (at pages 319-321) in the *Optical Recording* case does immunize the Minister, and the operation of the *Income Tax Act*, from judicial review. On the other hand, that judgment does not prevent anyone from seeking a declaration against the Government of Canada.

The taxpayer's standing here, however, is the *locus classicus* for the type of relief he seeks. Prior to the landmark majority decision of the Supreme Court of Canada in *Thorson v. Attorney General of Canada et al.*, [1975] 1 S.C.R. 138, such a situation was as described therein at pages 144-145:

In my judgment, the principle stated in the *Smith* case [reported [1924] S.C.R. 331] is one of general application. This principle is that an individual has no status or standing to challenge the constitutional validity of an Act of Parliament in an action of this type unless he is specially affected or exceptionally prejudiced by it . . . The fact that the taxes of the plaintiff and the taxes of every taxpayer in Canada will be raised as a result of the implementation of the Official Languages Act is not, in my opinion, sufficient to constitute special damage or prejudice to the plaintiff so as to enable the plaintiff to bring this action.

I think there is sound reason for this result. If every taxpayer could bring an action to test the validity of a statute that involved the expenditure of public money it would in my view lead to grave inconvenience and public disorder. It is for this reason, I believe, that the plaintiff has been unable to find any Canadian or English decision as authority for the position he is asserting.

Of course, in the present action the taxpayer is both "specially affected and exceptionally prejudiced" in his view of his constitutionally guaranteed freedom of conscience and religion, but in the view of others, maybe many of his co-religionists, he is in the same taxation plight as everyone else without any special or exceptional aspect about it.

The *Thorson* case is a landmark judgment because it was first of a line of cases which made standing to challenge the constitutionality of legislation a matter of relatively easy attainment. It enunciated these principles according to the majority of the judges:

A more telling consideration for me, but on the other side of the issue, is whether a question of constitutionality should be

et de religion, il a docilement recours à ce qui peut maintenant être la seule voie d'appel à sa disposition si, effectivement, la décision rendue par la Section d'appel (aux pages 319 à 321) dans l'arrêt *Optical Recording* met le ministre, et l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, à l'abri de tout contrôle judiciaire. En revanche, ce jugement n'empêche personne de tenter d'obtenir un jugement déclaratoire contre le gouvernement du Canada.

Néanmoins, la qualité pour agir du contribuable en l'espèce est le *locus classicus* pour le genre de redressement qu'il demande. Avant la décision majoritaire rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt de principe *Thorson c. Procureur général du Canada et autres*, [1975] 1 R.C.S. 138, la situation était telle qu'on l'a décrite dans cet arrêt aux pages 144 et 145:

[TRADUCTION] À mon avis, le principe énoncé dans l'arrêt *Smith* [publié à [1924] R.C.S. 331] est un principe d'application générale. Ce principe veut qu'un citoyen n'a pas état ni qualité pour contester la constitutionnalité d'une loi du Parlement dans une action de ce genre à moins qu'il soit particulièrement touché ou exceptionnellement lésé par la loi . . . Le fait que l'impôt du demandeur et celui de tous les contribuables du Canada sera augmenté par suite de la mise en œuvre de la Loi sur les langues officielles n'est pas, à mon avis, suffisant pour constituer un dommage ou un préjudice spécial au demandeur de manière à lui permettre d'intenter cette action.

Je crois que des raisons valables motivent cette conclusion. Si tout contribuable pouvait intenter une action pour déterminer la validité d'une loi qui comporte des dépenses de deniers publics, ceci amènerait, à mon avis, de sérieux inconvénients et une atteinte à l'ordre public. Je crois que c'est la raison pour laquelle le demandeur n'a pu trouver aucun précédent canadien ou anglais pour appuyer la position qu'il avance.

De toute évidence, dans la présente espèce, le contribuable s'estime à la fois «particulièrement touché ou exceptionnellement lésé» en raison de la liberté de conscience et de religion que lui garantit la Constitution; pour d'autres, peut-être bon nombre de ses coreligionnaires, il est dans la même situation fiscale que toute autre personne pour qui les circonstances ne revêtent aucun caractère particulier ou exceptionnel.

L'arrêt *Thorson* est un arrêt de principe parce qu'il a amorcé une tendance jurisprudentielle qui a fait de la qualité pour contester la constitutionnalité d'une loi quelque chose d'assez facile à obtenir. Les juges majoritaires y ont énoncé ces principes:

Quant à moi, une considération plus importante, mais qui est de l'autre côté de la question, est de savoir si une question de

immunized from judicial review by denying standing to anyone to challenge the impugned statute. That, in my view, is the consequence of the judgments below in the present case. The substantive issue raised by the plaintiff's action is a justiciable one; and, *prima facie*, it would be strange and, indeed, alarming, if there was no way in which a question of alleged excess of legislative power, a matter traditionally within the scope of the judicial process, could be made the subject of adjudication. [At page 145.]

The question of the constitutionality of legislation has in this country always been a justiciable question. Any attempt by Parliament or a Legislature to fix conditions precedent, as by way of requiring consent of some public officer or authority, to the determination of an issue of constitutionality of legislation cannot foreclose the Courts merely because the conditions remain unsatisfied: *Electrical Development Co. of Ontario v. Attorney General of Ontario* ([1919] A.C. 687), *B.C. Power Corp. Ltd. v. B.C. Electric Co. Ltd.* ([1962] S.C.R. 642). Should they then foreclose themselves by drawing strict lines on standing, regardless of the nature of the legislation whose validity is questioned? [At pages 151-152.]

I recognize that any attempt to place standing in a federal taxpayer suit on the likely tax burden or debt resulting from an illegal expenditure, by analogy to one of the reasons given for allowing municipal taxpayers' suits, is as unreal as it is in the municipal taxpayer cases. Certainly, a federal taxpayer's interest may be no less than that of a municipal taxpayer in that respect. It is not the alleged waste of public funds alone that will support standing but rather the right of the citizenry to constitutional behaviour by Parliament where the issue in such behaviour is justiciable as a legal question. [At pages 162-163.]

The majority of the Supreme Court judges thereupon "as a matter of discretion" held that the appellant Thorson should be allowed to have his action determined on the merits.

So it was also determined, again by the majority in the case of *Minister of Justice of Canada et al. v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575. That majority decision was written by Mr. Justice Martland for himself and Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre and Chouinard JJ., with Laskin C.J. and Lamer J. (then) dissenting. Mr. Borowski, whose viewpoint was virtually identical with the taxpayer's, was accorded standing. Here are some pertinent passages from the majority judgment [at pages 594-598]:

constitutionnalité devrait être mise à l'abri d'un examen judiciaire en niant qualité pour agir à quiconque tente d'attaquer la loi contestée. C'est là, à mon avis, la conséquence des jugements des cours d'instance inférieure en l'espèce. La question de fond soulevée par l'action du demandeur est de la compétence des tribunaux; et, *prima facie*, il serait étrange et même alarmant qu'il n'y ait aucun moyen par lequel une question d'abus de pouvoir législatif, matière traditionnellement de la compétence des cours de justice, puisse être soumise à une décision de justice. [À la page 145.]

La question de la constitutionnalité des lois a toujours été dans ce pays une question réglable par les voies de justice. Une tentative du Parlement ou d'une législature de fixer des conditions préalables au règlement d'une question de constitutionnalité de loi, en exigeant le consentement de certains fonctionnaires publics ou de certaines autorités publiques, ne peut empêcher l'accès aux cours de justice pour la simple raison que les conditions ne sont pas remplies: *Electrical Development Co. of Ontario v. Attorney General of Ontario* ([1919] A.C. 687), *B.C. Power Corp. Ltd. c. B.C. Electric Co. Ltd.* ([1962] R.C.S. 642). Les cours de justice devraient-elles alors s'empêcher elles-mêmes de statuer en fixant des règles strictes sur la qualité pour agir, quelle que soit la nature de la loi dont la validité est mise en doute? [Aux pages 151 et 152.]

Je reconnais que toute tentative de déterminer la qualité pour agir, dans une action de contribuable fédéral, d'après la charge fiscale ou la dette qui résultera probablement d'une dépense illégale, par analogie avec un des motifs donnés pour sanctionner les actions de contribuables municipaux, est aussi irréaliste que dans les affaires de contribuable municipal. À coup sûr l'intérêt d'un contribuable fédéral peut être aussi important que celui d'un contribuable municipal à cet égard. Ce n'est pas le seul gaspillage allégué de deniers publics qui étayera la qualité pour agir mais plutôt le droit des citoyens au respect de la constitution par le Parlement, quand la question que soulève la conduite du Parlement est réglable par les voies de justice en tant que question de droit. [Aux pages 162 et 163.]

La majorité des juges de la Cour suprême a donc conclu, «à en juger de façon discrétionnaire», que l'appellant devrait avoir le droit de faire décider au fond la poursuite qu'il a intentée.

C'est également ce qui a été décidé, de nouveau par une majorité de juges, dans l'arrêt *Ministre de la Justice du Canada et autre c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575. Le juge Martland a rendu le jugement au nom de la majorité, composée des juges Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et de lui-même; le juge en chef Laskin et le juge Lamer (alors juge puîné) étaient dissidents. M. Borowski, qui défendait un point de vue pratiquement identique à celui du contribuable, a obtenu qualité pour agir.

The *Thorson* case was followed shortly afterwards by the case of *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil* ([1976] 2 S.C.R. 265).

In that case the plaintiff sought to challenge the constitutional validity of certain sections of the *Theatres and Amusements Act*, R.S.N.S. 1967, c. 304 and certain regulations made thereunder. He was a resident and taxpayer in the Province of Nova Scotia. He was concerned about the powers of censorship provided in that Act.

It is obvious that in this [*McNeil*] case certain classes of persons were directly affected by the operation of the Act and the regulations, *i.e.* film exchanges, theatre owners and cinematograph operators. A theatre owner who wishes to challenge the validity of the Act could have done so by showing a film whose exhibition had been refused by the Board and, thereafter, resisting the imposition of a penalty.

Notwithstanding these circumstances, the plaintiff was recognized by this Court as having the necessary legal standing to seek a declaration that the legislation was constitutionally invalid.

In both the *Thorson* and *McNeil* cases, the challenge to the legislation in question was founded upon their alleged constitutional invalidity. In the present case, the challenge is based upon the operation of the *Canadian Bill of Rights*. I agree with the view expressed by the Chief Justice that no distinction should be made between a declaratory action to obtain a decision on validity under the *British North America Act* and a declaratory action to obtain a decision on the operative effect in the face of the *Canadian Bill of Rights*. [This judgment was released some four months before the Charter's proclamation into force.]

The legislation under attack here is not declaratory or directory as in the case of the *Official Languages Act* nor is it regulatory as in the case of the *Theatres and Amusements Act*. It is exculpatory in nature. It provides that in certain specified circumstances conduct which otherwise would be criminal is permissible. It does not impose duties, but instead provides exemption from criminal liability. That being so, it is difficult to find any class of person directly affected or exceptionally prejudiced by it who would have cause to attack the legislation.

The legislation proposed to be attacked has a direct impact upon the unborn human foetuses whose existence may be terminated by legalized abortions. They obviously cannot be parties to proceedings in court and yet the issue as to the scope of the *Canadian Bill of Rights* in the protection of the human right to life is a matter of considerable importance. There is no

Voici quelques extraits pertinents tirés de ce jugement majoritaire [aux pages 594 à 598]:

L'arrêt *Thorson* a été suivi peu de temps après par l'arrêt *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil* ([1976] 2 R.C.S. 265).

Dans cette affaire, le demandeur voulait contester la constitutionnalité de certains articles de la *Theatres and Amusements Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 304 et de certains de ses règlements d'application. Il était citoyen et contribuable de la Nouvelle-Écosse. Les pouvoirs de censure prévus dans cette loi le préoccupaient.

Il est évident que dans cette affaire [*McNeil*] certaines catégories de personnes étaient directement visées par l'application de la Loi et de ses règlements, soit les distributeurs de films, les propriétaires de salles de spectacles et les projectionnistes. Le propriétaire d'une salle de spectacles qui voulait contester la validité de la Loi pouvait le faire en présentant un film que la Commission avait interdit et en contestant par la suite l'imposition d'une peine.

Malgré cela, cette Cour a reconnu au demandeur l'intérêt requis pour demander que la loi soit déclarée inconstitutionnelle.

Dans les arrêts *Thorson* et *McNeil*, la contestation des lois en question se fondait sur leur inconstitutionnalité possible. En l'espèce, la contestation s'appuie sur l'application de la *Déclaration canadienne des droits*. Je souscris à l'opinion du Juge en chef qu'il ne faut pas faire de distinction entre une action déclaratoire qui vise à établir si une loi est valide en vertu de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* et une action déclaratoire qui vise à établir si une loi doit s'appliquer en regard de la *Déclaration canadienne des droits*. [Ce jugement a été publié environ quatre mois avant l'entrée en vigueur par proclamation de la Charte.]

La loi contestée en l'espèce n'est ni déclaratoire ni exécutoire comme l'est la *Loi sur les langues officielles*, et elle n'est pas non plus une loi de réglementation comme l'est la *Theatres and Amusements Act*. Elle est de nature justificative. Elle permet, dans certaines circonstances précises, d'accomplir des actes qui seraient par ailleurs de nature criminelle. Elle n'impose pas d'obligations, mais elle prévoit plutôt une exception à la responsabilité pénale. De ce fait, il est difficile de trouver une catégorie de personnes directement touchées ou qui subissent un préjudice exceptionnel et qui aient un motif de contester la loi.

La loi que l'on veut contester vise directement les fœtus humains dont la gestation est arrêtée par des avortements légalisés. Il est évident qu'ils ne peuvent être parties aux procédures judiciaires, et pourtant la question, quant à la portée de la *Déclaration canadienne des droits* sur la protection du droit à la vie, est d'une importance considérable. Il n'y a pas de façon

reasonable way in which that issue can be brought into court unless proceedings are launched by some interested citizen.

In the light of the *Thorson* and *McNeil* cases, it is my opinion that the respondent should be recognized as having legal standing to continue with his action. In the *Thorson* case, the plaintiff, as an interested citizen, challenged the constitutional validity of the *Official Languages Act*. The legislation did not directly affect him, save in his position as a taxpayer. He had sought, without avail, to have the constitutional issue raised by other means. He was recognized to have status. The position is the same in the present case. The respondent is a concerned citizen and a taxpayer. He has sought unsuccessfully to have the issue determined by other means.

I interpret these cases as deciding that to establish status as a plaintiff in a suit seeking a declaration that legislation is invalid, if there is a serious issue as to its invalidity, a person need [*sic*] only to show that he is affected by it directly or that he has a genuine interest as a citizen in the validity of the legislation and that there is no other reasonable and effective manner in which the issue may be brought before the Court. In my opinion, the respondent has met this test and should be permitted to proceed with his action.

Joseph Borowski did indeed proceed with his action, which was dismissed by the Saskatchewan Court of Queen's Bench, whose said dismissal was upheld by the Court of Appeal. Borowski's appeal to the Supreme Court of Canada came on for hearing on October 3 and 4, 1988, but by that time section 251 of the *Criminal Code* [R.S.C. 1970, c. C-34 (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 93, s. 22.1)] with the impugned subsections (4), (5) and (6) thereof had been declared invalid by the Supreme Court in *R. v. Morgentaler* (No. 2), [1988] 1 S.C.R. 30. To this day Parliament has enacted no other law whatever in the place of section 251 on the subject of abortions. The Supreme Court on March 9, 1989, in such circumstances dismissed Mr. Borowski's appeal on the grounds that it had become moot and, thus, his standing had then eroded: *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342. Through all, however, Borowski's standing was not placed in any doubt, until his appeal became merely theoretical, and the Supreme Court declined to adjudicate it.

In the case at bar, the taxpayer in light of the jurisprudence and of section 52 of the *Constitution Act, 1982*, surely has the standing as a taxpayer to bring, and this superior Court surely has jurisdiction to

raisonnable de soumettre la question à la cour à moins qu'un citoyen intéressé n'intente des procédures.

Sur la base des arrêts *Thorson* et *McNeil*, je suis d'avis qu'il y a lieu de reconnaître à l'intimé la capacité de poursuivre son action. Dans l'arrêt *Thorson*, le demandeur, à titre de citoyen intéressé, a contesté la constitutionnalité de la *Loi sur les langues officielles*. La loi ne le touchait pas directement, sauf en sa qualité de contribuable. Il avait tenté, sans succès, d'obtenir que la question constitutionnelle soit soulevée par d'autres moyens. On lui a reconnu la capacité d'agir. La situation est la même en l'espèce. L'intimé est un citoyen intéressé et un contribuable. Il a tenté sans succès d'obtenir une décision sur la question par d'autres moyens.

Selon mon interprétation, ces arrêts décident que pour établir l'intérêt pour agir à titre de demandeur dans une poursuite visant à déclarer qu'une loi est invalide, si cette question se pose sérieusement, il suffit qu'une personne démontre qu'elle est directement touchée ou qu'elle a, à titre de citoyen, un intérêt véritable quant à la validité de la loi, et qu'il n'y a pas d'autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour. À mon avis, l'intimé répond à ce critère et devrait être autorisé à poursuivre son action.

Joseph Borowski a effectivement poursuivi son action, qui a été rejetée par la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan, dont la décision a été confirmée par la Cour d'appel. La Cour suprême du Canada a entendu le pourvoi de M. Borowski les 3 et 4 octobre 1988, mais à ces dates, l'article 251 du *Code criminel* [S.R.C. 1970, chap. C-34 (mod. par S.C. 1974-75-76, chap. 93, art. 22.1)], y compris les paragraphes (4), (5) et (6) qui étaient contestés, avait été déclaré inopérant par la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Morgentaler* (n° 2), [1988] 1 R.C.S. 30. À ce jour, le Parlement n'a pas adopté d'autres dispositions législatives en remplacement de l'article 251 sur la question de l'avortement. Dans ces circonstances, la Cour suprême a rejeté le pourvoi de M. Borowski le 9 mars 1989 au motif que ledit pourvoi était devenu théorique et, partant, que la qualité pour agir de M. Borowski s'était alors évanouie: *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342. La qualité pour agir de M. Borowski n'a cependant jamais été mise en doute, jusqu'à ce que son pourvoi devienne purement théorique, et la Cour suprême a refusé de le trancher.

Dans la présente espèce, vu la jurisprudence et l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le contribuable a sûrement qualité, en tant que contribuable, pour intenter une action, que la présente Cour

entertain, a suit for a general declaration of constitutional interpretation, and as a taxpayer he must also have the standing to seek such an interpretation in the context of his own appeal against his assessment of his own income tax liability. The latter must be so, as it most recently was unanimously affirmed, for example, by the Court Martial Appeal Court in *R. v. Ingebrigtsen* (1990), 114 N.R. 381, where, on appeal from conviction the appellant successfully challenged the constitutional validity of Standing Courts Martial in regard to paragraph 11(d) of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. That amounts to judicial review invoked through another procedural route. In any event, the judiciary must take seriously the provisions of section 52 which nullifies the effect of any provisions of any law which are inconsistent with those of the Constitution. Applicants such as the taxpayer ought not to be thwarted merely by having sterile procedural obstacles raised against sincere efforts to vivify the Constitution's apparent imperatives.

The taxpayer's standing, and the Court's jurisdiction in this matter being established, the Court now turns to the viability of the taxpayer's statement of claim.

The Court, for the purposes of the Crown's application for the summary striking out of the taxpayer's statement of claim, must take all of its allegations of fact to be true, as if proved. Some significant passages expressed in Mr. O'Sullivan's impugned statement of claim are as follows:

(The taxpayer omits apostrophes "s" for possessives in his writing, so, rather than sprinkle the quotations with [*sic*], the missing apostrophes are simply supplied herein. The appellant is the taxpayer.)

1. The appellant, Gerard O'Sullivan, in the appeal heard on September 10, 1990 in the Tax Court of Canada, Toronto, by Mogan T.C.J. (90-691-IT), clearly demonstrated that his freedom of conscience and religion had been violated and infringed by his requirement to pay income tax which would

de juridiction supérieure a sûrement compétence pour l'instruire, en vue d'obtenir une déclaration générale de la nature d'une interprétation constitutionnelle et, en tant que contribuable, il doit aussi avoir qualité pour demander cette interprétation dans le cadre de l'appel qu'il a interjeté de sa cotisation d'impôt. Cette dernière condition doit être remplie, comme l'a très récemment confirmé à l'unanimité, par exemple, la Cour d'appel des cours martiales dans *R. c. Ingebrigtsen* (1990), 114 N.R. 381, arrêt dans lequel l'appelant, qui faisait appel d'une déclaration de culpabilité, a réussi à contester la constitutionnalité des cours martiales permanentes au regard de l'alinéa 11d) de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. C'est en quelque sorte un contrôle judiciaire obtenu par un moyen différent sur le plan de la procédure. Quoiqu'il en soit, la magistrature doit prendre au sérieux les dispositions de l'article 52 qui rendent inopérantes les dispositions de toute règle de droit qui sont incompatibles avec celles de la Constitution. On ne doit pas barrer la route à des demandeurs comme le contribuable simplement en dressant de vains obstacles de procédure pour contrer de réels efforts faits pour vivifier les prescriptions évidentes de la Constitution.

La qualité pour agir du contribuable ainsi que la compétence de la Cour en l'instance ayant été établies, la Cour se penche maintenant sur les chances de succès de la déclaration du contribuable.

Pour les fins de la demande de radiation sommaire de la déclaration du contribuable soumise par la Couronne, la Cour doit tenir pour avérés tous les faits allégués dans la déclaration, comme s'ils étaient prouvés. Voici des extraits importants de la déclaration contestée de M. O'Sullivan (l'appelant est le contribuable):

[TRADUCTION] 1. Durant l'appel entendu le 10 septembre 1990 à Toronto par le juge Mogan J.C.I. de la Cour canadienne de l'impôt (90-691-IT), l'appelant, Gerard O'Sullivan, a clairement établi que le fait d'être tenu de payer des impôts qui serviraient à financer des avortements portait atteinte à sa liberté

be used to finance abortions. He demonstrated this by written and oral arguments based on the teachings of the Pope and the Christian church, on the testimony of outstanding Jewish writers, on the Bible, on the *Criminal Code of Canada*, the universal declaration of Human Rights, and on the testimony of Judges in the following cases—The *Mills* case, *Operation Dismantle* case, *Big M. Drug Mart* case, and the *Prior* case.

2. The appellant demonstrated that the unborn child's right to life was protected by Section 15 of the *Charter of Rights & Freedoms*, and Article 8 of the *Universal Declaration of Human Rights*. He proved that the child's right to life is protected by Section 7 of the Charter.

3. The appellant showed that as his rights, under Section 2 of the Charter, had been violated and infringed, he was entitled to obtain a remedy in the Tax Court of Canada.

4. The appellant showed that, under Section 52 of the *Constitution Act 1982*, the law, which permits the use of taxpayer's money to finance abortion, is inconsistent with the *Charter of Rights* and, therefore, is of no force or effect.

5. The appellant argued that his case differs from the *Prior* case in that the deliberate killing of the innocent is taking place daily, and is not based on a subjective or futuristic opinion. The coercive link between the payment of income tax to finance abortion, and the deprivation of the life of the child, exists; and therefore meets the requirements of Justice Dickson in the "*Operation Dismantle* case" for a remedy to be sought.

7. The appellant's reliance on the *Prior* case was to show that he had the right to a remedy under Section 24(1) in the Tax Court of Canada. As explained above there is a fundamental difference in the two cases.

9. The appellant did not challenge the respondent's computation of his income tax, but he does seek a remedy under Section 169 of the *Income Tax Act*.

10. His Honor Judge Mogan erred when he selected a statement of the Federal Court of Appeal in *Prior v. The Queen* to throw out all the above arguments. This statement applies strictly to the *Prior* case. His Honor's reasoning would place the *Income Tax Act* above the *Charter of Rights & Freedoms*, and *Constitutional Act of Canada 1982*. Under the guise of socialism any evil could then be perpetuated.

11. The appellant's freedom of conscience and religion is violated and infringed by the *Income Tax Act*. He is required to participate in the performance of abortions by financing them. This fact is a basic element of criminal law.

de conscience et de religion. Il en a fait la preuve dans des observations écrites et dans une argumentation fondées sur les enseignements du Pape et de l'Église chrétienne, sur les écrits d'éminents auteurs juifs, sur la Bible, sur le *Code criminel du Canada*, sur la Déclaration universelle des droits de l'homme, et sur les motifs prononcés par des juges dans les causes suivantes: *Mills*, *Operation Dismantle*, *Big M. Drug Mart* et *Prior*.

2. L'appelant a établi que le droit à la vie de l'enfant non encore né est protégé par l'article 15 de la *Charte des droits et libertés* et par l'article 8 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*. Il a prouvé que le droit à la vie de l'enfant est protégé par l'article 7 de la *Charte*.

3. L'appelant a établi que puisqu'on avait porté atteinte aux droits que lui confère l'article 2 de la *Charte*, il avait le droit de s'adresser à la Cour canadienne de l'impôt pour obtenir un redressement.

4. L'appelant a établi qu'aux termes de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la règle de droit qui permet d'utiliser l'argent du contribuable pour financer des avortements est incompatible avec la *Charte des droits* et, partant, est inopérante.

5. L'appelant a soutenu que sa cause diffère de l'arrêt *Prior* parce qu'on supprime délibérément des innocents tous les jours, et qu'elle n'est pas fondée sur une opinion subjective ou futuriste. Le lien coercitif entre le paiement d'impôts pour financer des avortements et la privation du droit à la vie de l'enfant a été établi; par conséquent, les conditions formulées par le juge Dickson dans l'arrêt *Operation Dismantle* pour qu'un redressement soit demandé sont remplies.

7. L'appelant s'est appuyé sur l'arrêt *Prior* parce qu'il voulait établir qu'il avait le droit de s'adresser à la Cour canadienne de l'impôt pour demander un redressement aux termes du paragraphe 24(1). Comme on l'a expliqué ci-dessus, il y a une différence fondamentale entre les deux causes.

9. L'appelant n'a pas contesté le calcul de l'impôt à payer fait par l'intimé, mais il demande un redressement aux termes de l'article 169 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

10. Son Honneur le juge Mogan a commis une erreur en s'appuyant sur une affirmation faite par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Prior c. La Reine* pour repousser tous les arguments susmentionnés. Cette affirmation s'applique strictement à l'arrêt *Prior*. Le raisonnement de Sa Seigneurie aurait pour effet de placer la *Loi de l'impôt sur le revenu* au-dessus de la *Charte des droits et libertés* et de la *Loi constitutionnelle du Canada de 1982*. Sous le prétexte du socialisme, n'importe quel fléau pourrait alors être perpétué.

11. La *Loi de l'impôt sur le revenu* porte atteinte à la liberté de conscience et de religion de l'appelant. Celui-ci est contraint de participer à l'exécution d'avortements en les finançant. Ce fait est un élément fondamental du droit criminel.

12. The appellant as a citizen of Canada and by his payment of lawful income tax shares in all functions of his government.

12. L'appelant, en tant que citoyen du Canada et parce qu'il paie des impôts sur le revenu légitimes, prend part à toutes les fonctions de son gouvernement.

Relief Sought

The Plaintiff therefore claims as follows:

a) He is entitled to a remedy by a reduction of income tax for the year 1980, and every year thereafter.

b) That part of the law which permits the use of taxpayers' money to finance legal abortions has no force or effect; and therefore should be declared null and void under the power of Section 52 of the *Constitutional Act 1982* given to this Court.

This statement of claim evinces the lack of a lawyer's services in its drafting.

The taxpayer was represented by counsel at the hearing of this appeal from the prothonotary's order striking his statement of claim. A most useful and thorough discussion of the issues of this case took place between counsel for each party and the Court.

Counsel for the taxpayer asserted that the State should be compelled to accede to the taxpayer's request for a reduction in his income tax on the basis of his religious tenets. Counsel referred to the preamble in the Charter which pertinently proclaims that "Canada is founded upon principles that recognize the supremacy of God . . ." Counsel noted that the taxpayer is a religious believer in God, a Christian, a Roman Catholic. Accordingly, he posited, the State is obliged to accommodate this sincerely God-fearing taxpayer's imperative, to avoid offending God by contributing to so much of the country's health care system as conducts abortions. Is that the necessary implication of the preamble's recognition of the supremacy of God?

The "supremacy of God" was inserted as an amendment to the Charter's preamble as a result of a motion made in the House of Commons by the Honourable Jake Epp, member for Provencher, Manitoba, in February, 1981, and of necessity for its adoption, accepted by the Prime Minister of the day. The principles based upon the supremacy of God (and its companion basis, the rule of law) are not stated in the preamble but may, in part be found, or logically

Redressement demandé

En conséquence, le demandeur déclare ce qui suit:

a) Il a droit à une réduction d'impôt pour l'année 1980 et toutes les années subséquentes.

b) La partie de la loi qui permet d'utiliser l'argent des contribuables pour financer des avortements licites n'a pas force exécutoire; elle devrait donc être déclarée inopérante en vertu du pouvoir conféré à cette Cour par l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Le libellé de la déclaration fait ressortir le fait qu'aucun avocat n'est intervenu dans sa rédaction.

Le contribuable était représenté par un avocat à l'audition du présent appel de l'ordonnance par laquelle le protonotaire a radié sa déclaration. Les questions soulevées à cette occasion ont fait l'objet d'un débat des plus instructif et approfondi entre les avocats des parties et la Cour.

De l'avis de l'avocat du contribuable, l'État devrait être contraint d'accéder à la demande du contribuable, qui veut obtenir une diminution d'impôt à cause de ses croyances religieuses. L'avocat a cité le préambule de la Charte qui proclame avec justesse que le «Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu . . .». Il a fait remarquer que le contribuable croit en Dieu, est un chrétien et un catholique. Par voie de conséquence, l'État est, selon lui, obligé de s'ajuster à cette prescription religieuse que veut observer le contribuable pour éviter d'offenser Dieu en participant au financement d'une si grande partie du système canadien de soins de santé qui procure des avortements. Est-ce la conséquence nécessaire de la reconnaissance de la suprématie de Dieu dans le préambule?

L'expression «suprématie de Dieu» a été ajoutée dans le préambule de la Charte à la suite d'une proposition soumise à la Chambre des communes par l'honorable Jake Epp, député de la circonscription de Provencher (Manitoba), en février 1981 et, étape nécessaire à son adoption, acceptée par le premier ministre de l'époque. Les principes fondés sur la suprématie de Dieu (et sur son pendant, la primauté du droit) ne sont pas énoncés dans le préambule, mais

inferred from the Charter's text and the historical roots of Canada which also evinced those principles.

What does the recognition of the supremacy of God mean in constitutional and legal terms? After all, the supremacy of God is recognized by people of many similar and different religions; but their professed worship of God does not prevent them from killing, maiming and torturing each other, including, in many instances, their own co-religionists. Did the inclusion in Canada's constitution of recognition of the supremacy of God mean to make a theocracy of Canada? Hardly. Had the expression been inserted about a century or more, ago, it might have been taken to mean that Canada was a Christian State, or kingdom. Since the first settlement of western Europeans, at first almost exclusively the French, in this land nearly 400 years ago, the religions of North American Europeans were those of western Europe, principally England (later Britain) and France. The Roman Catholic faith to which the taxpayer here adheres, was implanted from the beginning in the early 1600's in New France, which was a virtual theocracy. The arrival of the British brought Protestantism, but the overwhelmingly Christian aspect of the population remained. So ingrained was the popular assumption of the eternally Christian complexion of the population, that whereas minority Roman Catholic and Protestant separate schools were constitutionally recognized, the majority were always content to find their educational formation imparted in public schools. It was thought then, and never foreseen otherwise, that the Canadian public would always remain nearly 100% Christian. So, the taxpayer's religious beliefs and principles are well known in history and generally familiar to the population of Canada. Nevertheless, the late amendment to the Charter in 1981 cannot be construed to have converted Canada into a Roman Catholic theocracy, a Mennonite theocracy, an Anglican theocracy or a Jehovah's Witnesses' theocracy any more than Canada was thereby converted into an Islamic theocracy (whether Sunnite or Shiite), a Hindu theocracy, a Sikh theocracy, or a Buddhist theocracy.

on peut les trouver en partie dans le texte de la Charte et dans les racines historiques du Canada, qui les laissent également transparaître, ou les inférer logiquement de ceux-ci.

a

Constitutionnellement et juridiquement parlant, que signifie la reconnaissance de la suprématie de Dieu? Après tout, cette suprématie est reconnue par les adeptes de beaucoup de religions semblables et différentes; par contre, le culte déclaré qu'ils rendent à Dieu ne les empêche pas de se tuer, de s'estropier et de se torturer les uns les autres, et d'agir ainsi envers leurs propres coreligionnaires dans bien des cas. En inscrivant la reconnaissance de la suprématie de Dieu dans la Constitution du Canada, a-t-on voulu faire du Canada une théocratie? Certainement pas. Si cette expression y avait été inscrite il y a un siècle ou plus, on aurait pu en conclure que le Canada était un État ou un royaume chrétien. Depuis l'arrivée dans ce pays, il y a près de 400 ans, des premiers colons européens qui, au début, étaient presque uniquement des Français, les religions pratiquées par les Européens nord-américains ont été celles de l'Europe occidentale, principalement l'Angleterre (plus tard la Grande-Bretagne) et la France. La foi catholique que professe le contribuable en l'espèce a été implantée dès le début en Nouvelle-France, qui était presque une théocratie, soit au commencement du XVII^e siècle. La venue des Britanniques a amené le protestantisme, mais la population est restée massivement chrétienne. La croyance générale à l'aspect éternellement chrétien de la population était si enracinée que tandis que le droit des minorités protestante et catholique à des écoles séparées était reconnu dans la Constitution, il suffisait à la majorité de constater que l'enseignement qu'elle avait reçu était perpétué dans les écoles publiques. On pensait alors, et on n'avait jamais envisagé qu'il puisse en être autrement, que la quasi-totalité des Canadiens serait à jamais de foi chrétienne. Donc les croyances et les principes religieux du contribuable font partie de l'histoire et sont généralement connus de la population canadienne. On ne peut cependant pas conclure que la modification de la Charte en 1981 a transformé le Canada en une théocratie catholique, mennonite, anglicane ou des Témoins de Jéhovah, pas plus qu'elle ne l'a transformé en une théocratie islamique (qu'elle soit sunnite ou chiite), hindoue, sikh ou bouddhiste.

What then is meant by this preamble? Obviously it is meant to accord security to all believers in God, no matter what their particular faith and no matter in what beastly manner they behave to others. In assuring that security to believers, this recognition of the supremacy of God means that, unless or until the Constitution be amended—the best of the alternatives imaginable—Canada cannot become an officially atheistic State, as was the Union of Soviet Socialist Republics or as the Peoples' Republic of China is understood to be. Some may see little difference between an atheistic State and a secular State, but it is apparent that when the former begins, as several have done, to enforce its basic principles, it must thereby suppress theistic religions and the believers who practise such religions. The fact that the political “philosophy” with its “party line” is a non-theistic religion never deters those who lust for political power and control. A secular state just leaves religion alone, with one exception, founded on pure reason.

The preamble to the Charter provides an important element in defining Canada, but recognition of the supremacy of God, emplaced in the supreme law of Canada, goes no further than this: it prevents the Canadian state from becoming officially atheistic. It does not make Canada a theocracy because of the enormous variety of beliefs of how God (apparently the very same deity for Jews, Christians and Muslims) wants people to behave generally and to worship in particular. The preamble's recognition of the supremacy of God, then, does not prevent Canada from being a secular state.

Indeed, section 1 of the Charter directly defines Canada in purely secular terms by guaranteeing

1... the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable [but not, or not necessarily, religious] limits prescribed by law [not religion] as can be demonstrably justified [again, reason, not necessarily religion] in a free and democratic society. [Underlining added.]

Quel est alors le sens de ce préambule? À l'évidence, il vise à protéger tous ceux qui croient en Dieu, peu importe leur religion et la manière brutale dont ils agissent envers les autres. En garantissant cette protection aux croyants, la reconnaissance de la suprématie de Dieu signifie qu'à moins que la Constitution ne soit modifiée ou tant qu'elle ne l'aura pas été—la meilleure solution qu'on puisse imaginer—, le Canada ne peut devenir un État officiellement athée, comme l'était l'Union des Républiques socialistes soviétiques ou comme on croit que l'est la République populaire de Chine. Certains peuvent penser qu'il n'y a guère de différence entre un État athée et un État laïque, mais il est évident que lorsqu'un État athée commence, comme plusieurs l'ont fait, à mettre en application les principes fondamentaux qui le régissent, il doit de ce fait supprimer les religions théistes et leurs adeptes. Le fait que la «philosophie» politique avec sa «discipline de parti» soit une religion non théiste ne dissuade jamais ceux qui convoitent le pouvoir et le contrôle politiques. Un État laïque laisse tout simplement la religion de côté, à une exception près, fondée sur la raison pure.

Le préambule de la Charte fournit un outil important pour définir le Canada, mais la reconnaissance de la suprématie de Dieu dans la loi suprême du Canada ne fait qu'empêcher l'État canadien de devenir officiellement athée. Elle ne transforme pas le Canada en une théocratie du fait de la grande variété de croyances quant à la façon dont Dieu (c'est apparemment le même Dieu pour les juifs, les chrétiens et les musulmans) veut que ses fidèles se comportent en général et le vénèrent en particulier. En conséquence, la reconnaissance de la suprématie de Dieu dans le préambule n'empêche pas le Canada d'être un État laïque.

De fait, l'article premier de la Charte définit directement le Canada en termes purement laïques, en garantissant

1... les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit [pas la religion], dans des limites qui soient raisonnables [mais pas, ou pas nécessairement, religieuses] et dont la justification puisse se démontrer [encore une fois la raison, pas nécessairement la religion] dans le cadre d'une société libre et démocratique. [Soulignement ajouté.]

Thus, defining Canada as a "free and democratic" society is to avoid defining it in religious terms such as "très chrétien" or "Islamic", or the like.

The taxpayer's counsel also argued that to compel Mr. O'Sullivan to pay over money to the government as taxes, some of which goes to pay for the aborting of foetal human life, is to violate that taxpayer's Charter guaranteed "freedom of conscience and religion". Counsel argued against the "no nexus" approach which was taken by both the Trial and Appeal Divisions of this Court in the case of *Prior v. Canada*, [1988] 2 F.C. 371, at first instance; and (1989), 44 C.R.R. 110 on appeal.

In the Trial Division, Mr. Justice Addy cited pertinent provisions of the *Financial Administration Act*, R.S.C. 1970, c. F-10 and the majority reasons expressed by Twaddle J.A. of the Manitoba Court of Appeal in *Re MacKay et al. and Government of Manitoba* (1985), 23 C.R.R. 8. Addy J. also wrote on this issue [at page 382]:

The request for a declaration to the effect that the plaintiff is not required to pay the percentage of our net federal tax owing which would be equal to the percentage of the federal budget allocated to military expenditures would have to be denied because, for the reasons previously stated, there exists no connection whatsoever between the payment by taxpayers of income tax to the Receiver General to be credited to the Consolidated Revenue Fund and the payment from such fund of whatever sums Parliament might have appropriated for military purposes.

In the Appeal Division, Mr. Justice Marceau, for a unanimous panel, first indicated that he adopted the judgment of Addy J., seeing [at page 113] "no purpose in trying to say differently what he has already said". Then, Marceau J.A. wrote this [at page 114]:

It is clear that the action of the appellant could only succeed if the taxes levied on the appellant's income from employment or business are sufficiently connected to the monies expended for military purposes, so as to render the payment of taxes an insult to the beliefs and conscience of the appellant as regards the use of violence. The motions judge was right in finding that the existence or absence of such connection was strictly a question of law to be answered in the light of the provisions of

En conséquence, définir le Canada comme une société «libre et démocratique», c'est éviter de le définir en employant des termes religieux comme «très chrétien», «islamique» ou d'autres termes semblables.

L'avocat du contribuable a également prétendu que le fait d'obliger M. O'Sullivan à verser au gouvernement, sous forme d'impôts, des sommes dont une partie sert à financer la suppression de fœtus porte atteinte à la «liberté de conscience et de religion» qui est garantie à ce dernier par la Charte. Il a donné les raisons qu'il avait de repousser l'approche relative à l'absence de lien que la Section de première instance et la Section d'appel de la présente Cour ont adoptée dans l'arrêt *Prior c. Canada*, [1988] 2 C.F. 371, en première instance; et (1989), 44 C.R.R. 110 en appel.

Dans le jugement prononcé en première instance, le juge Addy a cité les dispositions pertinentes de la *Loi sur l'administration financière*, S.R.C. 1970, chap. F-10 et les motifs de la majorité prononcés par le juge Twaddle de la Cour d'appel du Manitoba dans l'arrêt *Re MacKay et al. and Government of Manitoba* (1985), 23 C.R.R. 8. Il a également écrit sur la question [à la page 382]:

La demande en jugement déclaratoire selon laquelle la demanderesse n'est pas obligée de verser le pourcentage de l'impôt fédéral net qui serait égal au pourcentage du budget fédéral affecté aux dépenses militaires doit être rejetée parce que, pour les motifs exposés ci-dessus, il n'existe aucun lien entre le paiement de l'impôt sur le revenu par un contribuable au receveur général qui doit le créditer au Fonds du revenu consolidé et le paiement, provenant de ce fonds, des sommes que le Parlement pourrait avoir affectées à des fins militaires.

Dans les motifs prononcés à l'unanimité pour la Section d'appel, le juge Marceau a d'abord indiqué qu'il avait souscrit au jugement du juge Addy parce qu'il lui paraissait [à la page 113] «inutile d'essayer d'exprimer différemment ce qu'il a déjà dit». Il a ensuite écrit ceci [à la page 114]:

Il est manifeste que l'action de l'appelante ne peut réussir que si les impôts prélevés sur son revenu tiré d'un emploi ou d'une entreprise ont un lien suffisamment étroit avec les sommes dépensées à des fins militaires pour que le paiement des impôts constitue une atteinte aux croyances et à la conscience de l'appelante eu égard au recours à la violence. Le juge des requêtes a eu raison de conclure que l'existence ou l'absence d'un tel lien est strictement une question de droit qu'il faut résoudre à

the *Income Tax Act*, the *Constitution Acts 1867 to 1982*, and the *Financial Administration Act* . . .

The Supreme Court of Canada refused to give Dr. Prior leave to appeal on February 22, 1990, and only months later, on September 20, 1990, it dismissed her application for reconsideration.

To pass off the present taxpayer's understanding or that of Dr. Prior, of the contribution which all taxpayers make and every taxpayer makes to the projects, services and programs of the government which exacts the payment of taxes, as having no connection the one to the other, is perhaps little more than lawyers' solemn sophistry, for patriots and politicians are always telling Canadians how much Canadians ought to admire the exploits of the Canadian Forces and the universality of Canada's health care system. On the other hand, the Auditor General annually demonstrates in what regard the folks in charge of governmental services and programs waste the taxpayers' money. That money is neither extra-territorial, nor extra-terrestrial. The nexus, despite the defendant's counsel's erudite arguments, is real and really understood by a dignified, self-governing populace.

On the other hand, Canada is not a dictatorship never scrutinized by the people. Whereas there have been, and still are, conscientious people who courageously oppose tyrannical governments throughout the world, Canada's is truly, as well as constitutionally, "a free and democratic society". Opposition to the law as well as the government's policies, services and projects can be legally expressed firstly at election balloting, secondly in Parliament and thirdly in the Courts. Other means reside in letters to newspapers and letters and petitions to Members of Parliament. If, after all that expression of dissent one loses, there is no other legal recourse.

The taxpayer here is lawfully pursuing the resort to law as administered by the Court. His counsel invokes paragraph 2(a) of the Charter, the constitutionally entrenched "freedom of conscience and relig-

la lumière de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des *Lois constitutionnelles de 1867 à 1982* et de la *Loi sur l'administration financière*.

La Cour suprême du Canada a refusé la demande d'autorisation de pourvoi du D^r Prior le 22 février 1990, et à peine quelques mois plus tard, soit le 20 septembre 1990, elle a rejeté sa demande de réexamen.

Nier qu'il existe un lien entre la position du contribuable en l'espèce, ou celle du D^r Prior, et la participation de chacun des contribuables aux projets, aux services et aux programmes gouvernementaux par le prélèvement d'impôts n'est peut-être rien de plus qu'un sophisme pompeux de la part de juristes, car les patriotes et les politiciens ne cessent de dire aux Canadiens combien ils devraient admirer les exploits des Forces armées canadiennes et l'universalité du système de soins de santé du Canada. D'autre part, le vérificateur général dévoile chaque année sous quel rapport les responsables des services et des programmes gouvernementaux gaspillent l'argent des contribuables. Cet argent ne provient pas de l'étranger, ni d'une autre planète. En dépit des savants arguments de l'avocate de la défenderesse, ce lien est réel et véritablement saisi par une population autonome et respectable.

Par contre, le Canada n'est pas une dictature dont la population aurait à subir le joug sans mot dire. Alors qu'il y a eu, et qu'il y a encore, des personnes douées de conscience qui luttent courageusement contre les gouvernements tyranniques au pouvoir dans le monde, le Canada est véritablement, ainsi que constitutionnellement, «une société libre et démocratique». C'est premièrement par l'exercice du processus électoral, deuxièmement au Parlement et troisièmement devant les tribunaux qu'on peut manifester légalement son opposition aux lois ainsi qu'aux politiques, aux services et aux projets gouvernementaux. On peut aussi envoyer des lettres aux journaux, ou adresser des lettres et des pétitions aux députés. Si toutes ces manifestations de dissidence échouent, il n'y a pas d'autre recours légal possible.

Le contribuable en l'espèce s'appuie légalement sur une règle de droit que la Cour est chargée d'appliquer. Son avocat invoque l'alinéa 2a) de la Charte, qui constitutionnalise la «liberté de conscience et de

ion". He argues that the taxpayer's freedom of conscience and religion is infringed by being compelled by the government to pay over that portion of his taxes which proportionately represents financial support for abortions. It is correctly argued that the constitutional guaranty of that freedom means not only that the State must not infringe it, but also that the State must positively defend it from all infringement, or else there is no such guaranty. So, subject to the secular strictures expressed in section 1 of the Charter, everyone is free to entertain, openly to declare, and to practise through worship or outward manifestation freely accepted or chosen religious beliefs without hinderance or reprisal: and the State is bound to defend this freedom along with the other rights and freedoms guaranteed by and in the Charter.

Does legal compulsion to pay taxes some of which go to support abortions mean State coercion which infringes freedom of religion and conscience? It probably does, but in any event, given the rights of legal opposition in a free and democratic society it is no doubt justified in terms of section 1, which, as noted above imposes secular limitations on the freedom. After all, there are religions and religions. Some exact not only beliefs, but also manifestations or practices which are inimical to Canada's constitutional values and imperatives. For example religions or sects which exact suppression of the equal rights of women, or which exact the taking of stupefying drugs as a "sacrament", or which exact the involuntary servitude of some of their adherents, or which condone and incite their believers to the murder of an alleged blasphemer. Mr. O'Sullivan would be offended to be compared with such, and yet there have been surely, and may still be, some who regard his religion as being repugnant to the Constitution and its values even although it has been rooted in Canada for about four centuries. However, this taxpayer's assertion is that he is compulsorily made party to the abuse of the health care system by means of tax funded abortions which kill foetal humans, so his plea of infringement of freedom of religion ought to be constitutionally, if not socially, as acceptable as anyone else's plea to the same effect.

religion». Il prétend que le gouvernement porte atteinte à la liberté de conscience et de religion du contribuable en l'obligeant à payer la portion de ses impôts qui correspond au pourcentage du budget de l'État consacré aux avortements. Il soutient à juste titre qu'en consacrant cette liberté dans la Constitution, l'État s'engage non seulement à ne pas y porter atteinte, mais aussi à la protéger vigoureusement contre toute violation, sans quoi cette garantie n'existe pas. Par conséquent, sous réserve des restrictions laïques dont il est question à l'article premier de la Charte, chacun est libre de croire ce qu'il veut, de professer ouvertement des croyances religieuses librement acceptées ou choisies et de les mettre en pratique par le culte ou par une manifestation extérieure sans en être empêché ni faire l'objet de représailles; et l'État est tenu de défendre cette liberté de conscience et de religion, outre les autres droits et libertés garantis par la Charte et dans celle-ci.

Cette obligation légale de payer des impôts dont une portion sert à financer des avortements équivaut-elle à une coercition de l'État qui empiète sur la liberté de conscience et de religion? Il est probable que oui, mais de toute façon comme on a le droit de manifester légalement son opposition dans une société libre et démocratique, elle est sans nul doute justifiée par l'article premier qui, comme on l'a déjà mentionné, impose des restrictions laïques à cette liberté. Du reste, des distinctions méritent d'être faites entre les religions. Certaines exigent non seulement des croyances, mais aussi des manifestations ou des pratiques qui sont contraires aux valeurs et aux prescriptions constitutionnelles du Canada. Il y a par exemple des religions ou des sectes qui exigent la suppression des droits égaux des femmes, ou qui imposent l'absorption de drogues provoquant un effet abrutissant comme s'il s'agissait d'un «sacrement», ou qui contraignent certains de leurs adeptes à une servitude involontaire, ou bien qui en incitent d'autres à assassiner un prétendu blasphémateur. M. O'Sullivan serait froissé de faire l'objet d'une telle comparaison; pourtant, il y a sûrement déjà eu, et il peut encore y avoir, des personnes qui jugent que sa religion entre en contradiction avec la Constitution et les valeurs qui la sous-tendent, même si elle est implantée au Canada depuis environ quatre siècles. Toutefois, le contribuable affirme qu'il est contraint d'être complice d'abus commis au sein du système de

There are certain vociferous believers in Canada who believe that their Creator has done such a lamentably poor job in forming female humans that they arrogate to themselves the right to improve on their God's allegedly fumbled handiwork. The improvement under the euphemistically misleading appellation of "female circumcision" is nothing less than the mutilation of their dependant daughters by cutting off the clitoris and outer and inner labia of the vulva. Whether called a manifestation of religion, ethnicity or culture this cruel mutilation is practised presumably because God bungled and to leave these girls and women as they were created would be to pander to sexual immorality. The adherents of this belief say it is a parent's right to inflict such mutilation upon their daughters, and moreover, they ought to have access to the health care system to do it. Can they legally withhold some taxes as compensation for the refusal of surgeons and hospitals to do this? How is their constitutional posture different from Mr. O'Sullivan's? What he seeks on a constitutional basis ought, constitutionally, to be accorded to those undoubtedly sincere daughter mutilators.

The Court emphasizes the constitutional plane of approach, invoked by the taxpayer here, even although the practice of mutilation of daughters, which is nothing akin to the harmless male circumcision, causes irreversible bodily harm and should excite the attention of children's aid societies. The taxpayer's counsel would not concede that this practice should be immunized and permitted by operation of paragraph 2(a) of the Charter. Indeed, he is correct, for if the State were to support that practice at the expense of the taxpaying public it would surely be infringing those unfortunate daughters' guaranteed rights to "security of the person" enunciated in section 7 of the Charter. Section 28 emphasizes

soins de santé en raison des avortements financés au moyen des impôts qui y sont pratiqués, en conséquence son plaidoyer pour le respect de sa liberté de religion devrait, sur le plan constitutionnel sinon sur le plan social, être aussi acceptable que le plaidoyer dans le même sens de n'importe qui d'autre.

Au Canada, il y a de bruyants adeptes qui pensent que leur Créateur a fait un travail si lamentable lorsqu'il a créé la femme qu'ils s'arrogent le droit d'apporter des améliorations à l'œuvre prétendument imparfaite de leur Dieu. Ce qu'ils désignent par l'expression euphémique trompeuse «circoncision féminine» n'est rien moins qu'un acte mutilant qui consiste à enlever le clitoris ainsi que les grandes et les petites lèvres de la vulve de leurs filles. Indépendamment de son caractère religieux, ethnique ou culturel, cette mutilation cruelle est pratiquée vraisemblablement parce que Dieu s'y est mal pris et qu'il serait sexuellement immoral de laisser ces filles et ces femmes telles qu'elles ont été créées. Ceux qui adhèrent à cette croyance affirment qu'en tant que parents, ils ont le droit d'infliger cette mutilation à leurs filles et, qui plus est, qu'ils devraient avoir accès au système de soins de santé pour le faire. Peuvent-ils légalement retenir une portion de leurs impôts comme dédommagement parce que les chirurgiens et les hôpitaux leur refusent cet accès? En quoi leur position sur le plan constitutionnel diffère-t-elle de celle de M. O'Sullivan? Le redressement demandé par ce dernier pour des motifs d'ordre constitutionnel devrait, constitutionnellement parlant, être accordé à ces parents incontestablement sincères qui mutilent leurs filles.

La Cour insiste sur la stratégie constitutionnelle employée par le contribuable en l'espèce, même si cette forme de mutilation des filles, qui ne se compare pas à l'inoffensive circoncision des garçons, cause à celles-ci des lésions corporelles irréversibles et devrait préoccuper les sociétés d'aide à l'enfance. L'avocat du contribuable a refusé d'admettre que cette pratique devrait être tolérée et rendue possible par l'application de l'alinéa 2a) de la Charte. Il n'a pas tort, car si l'État la finançait aux frais des contribuables, il porterait sûrement atteinte au droit à la «sécurité de la personne» garanti à ces malheureuses par l'article 7 de la Charte. L'article 28 dispose que les femmes sont égales aux hommes en ce qui con-

female persons' equal standing in all matters of rights and freedoms.

In *R. v. Morgentaler* (No. 2), a majority judgment of the Supreme Court of Canada held that section 251 of the *Criminal Code* which criminalized abortions, but also permitted them to be authorized by therapeutic abortion committees violated the pregnant woman's right to the security of her person guaranteed by section 7, and that such infringement was not justified pursuant to section 1 of the Charter. Thus does the well known tenet of the taxpayer's religion collide with another right. It is on the same constitutional footing as the less well known tenet of those parents who have their daughters mutilated, for such daughters are surely guaranteed the right to security of their persons as much as pregnant women who seek to abort their pregnancies.

The Court holds that this secular State of Canada simply leaves conscience and religion quite alone, with one exception, founded on pure reason. The exception requires the State to intervene to prevent the practice or expression of conscience and religion from causing harm to others physically or mentally, or from violating the constitutionally guaranteed rights of others.

Moreover, the State may also intervene to enforce generally accepted standards of public decency, but such intervention requires a nicely balanced judgment on the part of the legislators and law enforcers. In every city and beach resort in Canada during summertime many persons are clad in such a minimal manner as to offend certain sincere persons' sense of decency. However the State, except in instances of public nudity or exposing an indecent exhibition in a public place, contrary respectively to section 174 and paragraph 175(1)(b) of the *Criminal Code* (the former requiring the consent of the Attorney General to commence proceedings) and such similar specific offences is not obliged, and probably not permitted, to enforce those certain persons' conscientious or religious objections against the rest of the populace. In any event, the criterion is stated to be an offence "against public decency or order", a secular standard

cerne toutes les questions touchant les droits et les libertés.

Dans l'arrêt *R. c. Morgentaler* (n° 2), les juges majoritaires de la Cour suprême du Canada ont statué que l'article 251 du *Code criminel* qui criminalisait les avortements, mais qui permettait aussi à des comités de l'avortement thérapeutique de les autoriser, portait atteinte au droit à la sécurité de la personne garanti à la femme enceinte par l'article 7, et que cette violation n'était pas justifiée par l'article premier de la Charte. Le précepte bien connu de la religion du contribuable entre donc en conflit avec un autre droit. Sur le plan constitutionnel, il est sur un pied d'égalité avec le précepte moins bien connu auxquels se conforment les parents qui font mutiler leurs filles, car le droit à la sécurité de la personne est assuré aux femmes enceintes qui veulent obtenir un avortement.

La Cour considère que le Canada en tant qu'État laïque ne s'occupe tout simplement pas de conscience et de religion, à une exception près, fondée sur la raison pure. Cette exception oblige l'État à intervenir pour empêcher que la mise en pratique ou l'expression de la conscience et de la religion fasse du tort à autrui physiquement ou mentalement, ou porte atteinte aux droits garantis à autrui par la Constitution.

L'État peut également intervenir pour faire respecter des normes généralement acceptées de décence publique, mais cette intervention suppose un esprit de discernement bien dosé de la part des législateurs et des responsables de l'application de la loi. Dans toutes les villes et les stations balnéaires du Canada durant l'été, il y a beaucoup de gens qui sont si légèrement vêtus qu'ils choquent la décence de certaines personnes sincères. Toutefois, sauf dans les cas de nudité dans un endroit public ou d'exposition de choses indécentes dans un endroit public, respectivement en contravention avec l'article 174 et l'alinéa 175(1)(b) du *Code criminel* (dans le premier cas, il faut le consentement du procureur général pour engager des poursuites), ou bien d'infractions semblables, l'État n'est pas obligé d'imposer les objections de conscience et de religion de ces personnes au reste de la population, et n'est probablement pas autorisé à le

which, of course, could include some persons' standard of conscience and religion but not necessarily everybody's conscience and religion.

When it comes to practices which harm others, obviously the State not only must not foster or promote them, but is justified pursuant to the Charter's section 1, to enact reasonable limits in law in order to prevent or to eradicate such harm, despite the guaranty of freedom of conscience and religion. Since those perceptions depend upon whose "ox is gored", the Court must strive for fastidious objectivity. Here is how the taxpayer's counsel put the distinction between Mr. O'Sullivan and the daughter-mutilators:

And in one case [the surgical procedure] destroys, terminates . . . that particular young person, the child *in utero* and the . . . case . . . is what Mr. O'Sullivan wishes to prevent and not contribute towards. Whereas in the other case, I would imagine . . . that female circumcision can in fact be harmful to the health and could even possibly be an assault on the child.

It mutilates the child and that is what the religion is [standing] for and therefore . . . I don't see why that should not be forbidden. In one case it's the harm that Mr. O'Sullivan is opposed to, in the other case in fact there is in fact . . . there may be harm if the religious belief is fostered. I think that's the central distinction.

So it is that sincere, conscientious religious beliefs can so often blind one to the sincerity of other conscientious religious beliefs. Thus, while the secular State is bound to defend, that is to guarantee, everyone's freedom of conscience and religion, it is not bound or even permitted, to promote every expression or manifestation of conscience and religion, just as it is not bound to promote every manifestation of freedom of opinion and expression, some of which are defamatory. Indeed, it is the constitutional entrenchment of these very disparate freedoms which demonstrates the inherent secularity of the Canadian State. The sorry story of human strife and savagery in the name of God amply shows that the resolutely secular State is the sure foundation of everyone's security, even if

faire. Quoi qu'il en soit, le critère applicable est celui d'une infraction «contre la décence ou l'ordre public»; c'est une norme laïque qui pourrait évidemment inclure la norme de conscience et de religion de certains, mais qui n'englobe pas nécessairement la conscience et la religion de chacun.

Pour ce qui est des pratiques qui font du tort à autrui, non seulement l'État doit s'abstenir de les encourager, mais il est autorisé par l'article premier de la Charte à les restreindre par une règle de droit dans des limites qui soient raisonnables afin de prévenir ce tort ou de le supprimer, en dépit de la liberté de conscience et de religion qui est garantie. Comme les perceptions varient en fonction des personnes qui se sentent lésées, la Cour doit s'astreindre à une scrupuleuse objectivité. Voici la distinction que l'avocat du contribuable a faite entre M. O'Sullivan et les parents qui mutilent leurs filles:

[TRADUCTION] Dans un cas [l'opération chirurgicale] détruit, supprime . . . cette jeune personne, l'enfant *in utero*, et c'est . . . ce que M. O'Sullivan désire empêcher et ce à quoi il ne veut pas contribuer. Dans l'autre cas, par contre, j'imagine . . . que l'excision peut effectivement être nuisible à la santé et pourrait peut-être même constituer une agression dont l'enfant serait victime.

Cette pratique mutile l'enfant et c'est ce que la religion [tolère] et, par conséquent, . . . je ne vois pas pourquoi on ne devrait pas l'interdire. Dans un cas, c'est le tort qui est fait auquel M. O'Sullivan s'oppose, dans l'autre cas, en fait, il y a . . . du tort peut être fait si la croyance religieuse est mise en pratique. À mon avis, c'est la distinction centrale qu'il convient de faire.

Des croyances sincères sur le plan de la religion et de la conscience peuvent donc très souvent empêcher quelqu'un de voir le caractère sincère d'autres croyances de cette nature. Par conséquent, bien que l'État laïque soit tenu de défendre, c'est-à-dire de garantir, la liberté de conscience et de religion de chacun, il n'est pas tenu de favoriser toutes les expressions ou toutes les manifestations de la liberté de conscience et de religion, ni même autorisé à le faire, pas plus qu'il n'est tenu de favoriser toutes les manifestations de la liberté d'opinion et d'expression, dont certaines sont diffamatoires. De fait, c'est l'inscription dans la Constitution de ces libertés très disparates qui établit le caractère intrinsèquement laïque de l'État canadien. La triste histoire des combats

it leaves something, or much, for sincere believers to desire.

The unstated principles upon which Canada is founded, which "recognize the supremacy of God . . .", do not enshrine either the taxpayer's beliefs and perceptions of God any more than they enshrine the daughter-mutilators' beliefs and perceptions of God. Mr. O'Sullivan is utterly free to adhere to, and to promote through any medium of communication, his beliefs about the moral depravity of abortion. The State cannot compel him to witness or to participate personally in any such deeds. It could forbid and prevent him from physically harming others. That, however is as far as his freedom of conscience and religion goes.

At the present time the Supreme Court of Canada declines to weigh the foetal human's right to life and security of the person as against the pregnant woman's right to security of the person. A provincial Court of Appeal has, in the *Borowski* case, affirmed that a foetal human enjoys no such rights, whereas on the other hand the Supreme Court of Canada has in *Morgentaler* (No. 2) affirmed that legislated obstacles to terminating a pregnancy prematurely pose an infringement of a pregnant woman's right to the security of her person. In this situation there is no constitutional obligation on the State either to fund abortion facilities or not to fund them.

So it is, that in this free and democratic society, the taxpayer cannot exert his freedom of conscience and religion so as to compel the State to forgive him that notionally exact proportion of his assessed 1988 income tax which represents his share of the State's distribution of its revenues to fund abortion facilities. Perhaps it is paradoxical that it is the State's own secularity which best secures everyone's freedom of conscience and religion. Theocracies past and present and officially atheistic states are seen to be notoriously bad at providing such security.

livrés et des brutalités commises par l'homme au nom de Dieu montre amplement que le caractère résolument laïque de l'État est l'assise solide de la sécurité de chacun, même si de sincères croyants trouvent que cela laisse un peu, ou beaucoup, à désirer.

Les principes sous-jacents de l'État canadien, qui «reconnaissent la suprématie de Dieu . . .», n'enchâssent pas les croyances et les perceptions du contribuable à propos de Dieu, pas plus qu'ils n'enchâssent celles des parents qui mutilent leurs filles. M. O'Sullivan est parfaitement libre de professer des croyances au sujet du caractère moralement répréhensible de l'avortement, et de les répandre par n'importe quel moyen de communication. L'État ne peut l'obliger à être témoin d'un tel acte ou à y participer personnellement. Il pourrait cependant lui interdire de blesser quelqu'un physiquement et l'empêcher de le faire. C'est ce qui marque la limite de sa liberté de conscience et de religion.

Pour l'instant, la Cour suprême du Canada refuse de mettre en balance le droit du fœtus à la vie et à la sécurité de sa personne, et le droit de la femme enceinte à la sécurité de sa personne. Dans l'affaire *Borowski*, une Cour d'appel provinciale a statué que ce droit n'est pas conféré au fœtus; par contre, la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Morgentaler* (n° 2) a déclaré que les dispositions législatives qui font obstacle à l'interruption volontaire de grossesse portent atteinte au droit de la femme enceinte à la sécurité de sa personne. Puisqu'il en est ainsi, l'État n'est pas tenu, sur le plan constitutionnel, soit de financer le recours à l'avortement, soit de ne pas le faire.

En conséquence, dans notre société libre et démocratique, le contribuable ne peut exercer sa liberté de conscience et de religion de manière à contraindre l'État à le soustraire au paiement de la portion théoriquement exacte de l'impôt fixé en 1988 qui représente le pourcentage du budget de l'État dépensé pour financer le recours à l'avortement. Peut-être qu'il est paradoxal que ce soit le caractère laïque de l'État qui garantisse le mieux la liberté de conscience et de religion de chacun. On tient les théocraties anciennes et contemporaines, de même que les pays

Because nothing human or organized by humans is perfect, there is a murky side to Canada's posture in regard to individual security. It is a precarious situation when Parliament, by means of ordinary legislation (the *Criminal Code*) purports as earlier above mentioned, to define who or what is, and is not, a human being (and thereby vested with the rights to life and security of the person) according only to such easily amended legislation. The precariousness of this situation could be reified if, say, a transient parliamentary plurality decided that old humans had become a social burden or other inconvenience. Would the constitutional prohibition against discrimination on the basis of age save them? It has not currently saved thousands and thousands of foetal humans from widespread destruction through abortion.

The taxpayer is, no doubt, sorely and sincerely aggrieved over such widespread destruction, as he is entitled to be and as he is entitled to tell the world. He is not to be muzzled or shouted down on any tyrannical notion of what is "politically correct".

However, his conscientiously religious sense of grievance does not constitute an infringement of his manifest freedom of conscience and religion. Like Dr. Prior, whose same freedom has not been infringed either, the taxpayer therefore cannot legally withhold a portion, or be accorded a reduction of his assessed taxes on the basis of infringement of the freedom of conscience and religion.

Of course, if the O'Sullivan and the Priors of this country could, with numerous others, influence the election of a majority of Members of Parliament, that institution could, for secular reasons, dry up all funding of abortion facilities and/or national defence operations. But, such is the supremacy of the Constitution that not even a majoritarian Parliament could be permitted to carry out such programs for religious reasons, for even the majority may not prefer anyone's religious or conscientious tenets in legislative

officiellement athées pour notoirement inaptes à garantir cette liberté.

Comme rien de ce qui est humain ou organisé par les humains n'est parfait, la position du Canada en ce qui a trait à la sécurité de la personne comporte un côté négatif. On ne saurait nier que la situation est précaire lorsque le Parlement prétend, comme déjà mentionné, définir ce qu'est ou n'est pas un être humain (et qui jouit de ce fait du droit à la vie et à la sécurité de la personne) strictement au moyen d'une loi ordinaire (le *Code criminel*) dont les dispositions sont si aisément modifiables. La précarité de la situation pourrait se matérialiser, par exemple, si une pluralité parlementaire éphémère décidait que les personnes âgées étaient devenues un fardeau pour la société ou une source de désagrément quelconque. La disposition de la Constitution qui interdit la discrimination fondée sur l'âge permettrait-elle de les protéger? Elle n'a certainement pas sauvé d'une destruction massive due au recours à l'avortement des milliers de fœtus.

Il ne fait aucun doute que le contribuable est profondément et sincèrement attristé par cette destruction massive; il a, du reste, le droit de l'être et de l'affirmer publiquement. On ne doit pas le bâillonner avec une notion tyrannique de ce qui est «politiquement correct».

Par contre, le sentiment qu'il a d'être victime d'une injustice sur le plan de la religion ou de la conscience ne porte pas atteinte à son évidente liberté de conscience et de religion. Il n'est donc pas loisible au contribuable, pas plus qu'il ne l'était au D^r Prior, dont la même liberté n'avait pas été violée non plus, de retenir une portion de ses impôts ou d'obtenir une réduction de son obligation fiscale à cause de la violation de sa liberté de conscience et de religion.

À l'évidence, si tous les O'Sullivan et les Prior de ce pays pouvaient, avec le concours de nombreux autres citoyens, influencer l'élection d'une majorité de députés, le Parlement pourrait décider, pour des motifs d'ordre laïque, de tarir toutes les sources de financement des services d'avortement ou des opérations de défense nationale. Toutefois, vu la suprématie de la Constitution, il serait impossible même à un Parlement majoritaire de prendre de pareilles mesures pour des motifs d'ordre religieux, car il n'est pas per-

measures. A good illustration is the prohibition against weekly celebration of the Sabbath on Sunday in order to accommodate Christians; or if it were Saturday, to accommodate Jews; or if it were Friday, to accommodate Muslims. However nothing forbids the weekly observance of a secular "pause day" with no religious trappings, and if the majority of legislators in response to the wishes of their constituents choose Sunday for the one "pause day" per week, then Sunday it is: but if popular convenience shifted, any other day of the week could become the "pause day". So, also, a majority could cease funding abortions on the basis of a disastrously declining birth-rate, or of an apparently needed constraint on public spending, or on the basis of any other secular reason or purpose. In any such political movement this taxpayer could legitimately participate, for the Court could hardly enquire into the motive of each individual in a citizens' coalition. The only constraint in constitutional terms would be against a legislative purpose overtly pandering to any particular conscientious or religious tenet. The relationship of citizens' religions to their secular State is amply explained in *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.* [1985] 1 S.C.R. 295 at pages 336 *et seq.*, and again in *Reed v. Canada* [1989] 3 F.C. 259 (T.D.), affirmed without written reasons on May 7, 1990, leave to appeal to the Supreme Court of Canada refused [1990] 2 S.C.R. x.

Because the taxpayer's action *de novo* is founded solely upon the alleged infringement of his freedom of conscience and religion, it is clear and obvious that because he, like Dr. Prior and all the other taxpayers, is under legal compulsion to pay income tax, he cannot legitimately be reproached by his conscience for he does not wish to pay the impugned portion of his tax and does not do so freely and voluntarily. There must be very few occasions when a Canadian Court would approve of evasion of a legal duty, but here no legal authority purports to impose upon the taxpayer

mis même à la majorité de donner la préférence, dans des mesures législatives, aux préceptes ressortissant à la religion ou à la conscience de qui que ce soit. Un exemple bien choisi est l'interdiction qui frappe la célébration hebdomadaire du sabbat le dimanche pour agréer aux chrétiens, ou le samedi pour agréer aux juifs, ou bien le vendredi pour agréer aux musulmans. Rien ne s'oppose, par contre, à l'observance hebdomadaire d'un «jour de repos» laïque, dépouillé de tout cérémonial religieux, et si la majorité des députés choisit le dimanche comme «jour de repos» hebdomadaire parce que ce choix correspond aux souhaits de l'électorat, alors ce jour de repos sera le dimanche. Cependant, si la volonté générale venait à changer, n'importe quel autre jour de la semaine pourrait être choisi comme «jour de repos». Dans le même ordre d'idées, une majorité pourrait cesser de financer le recours à l'avortement à cause d'un taux de natalité dangereusement en baisse ou de la nécessité apparente de diminuer les dépenses publiques, ou bien pour tout autre motif ou objectif à caractère laïque. Le contribuable en l'espèce pourrait légitimement participer aux activités d'un mouvement politique semblable car la Cour pourrait difficilement se renseigner sur le mobile de chacun des membres d'une coalition de citoyens. La seule restriction de nature constitutionnelle aurait trait à un objectif législatif donnant ouvertement la préférence à un précepte particulier relatif à la conscience ou à la religion. La relation entre les religions des citoyens et l'État laïque qui est le leur est longuement expliquée dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295, aux pages 336 et suivantes, ainsi que dans l'arrêt *Reed c. Canada*, [1989] 3 C.F. 259 (1^{re} inst.), confirmé sans motifs écrits le 7 mai 1990, autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada refusée [1990] 2 R.C.S. x.

Puisque l'action par voie de procès *de novo* intentée par le contribuable est fondée strictement sur la prétendue violation de sa liberté de conscience et de religion, et que ce dernier, comme le Dr Prior et tous les autres contribuables, est tenu par la loi de payer des impôts, il est clair qu'il ne peut légitimement être tenaillé par sa conscience, car il ne désire pas payer la portion contestée de son impôt et il ne le fait d'ailleurs pas librement ni de son plein gré. Il est très rare qu'un tribunal canadien approuve la dérobade d'un citoyen devant une obligation imposée par la loi; en

any legal duty to participate personally in the counselling or performance of an abortion. Indeed, the taxpayer has a constitutional right to express his vehement condemnation of such practices, so long as he physically harms no one. So his freedom of conscience cannot be seen to be infringed.

The taxpayer's religious tenets run contrary to the State-tolerated practice of permitting abortions, and for reasons which the taxpayer cannot accept as justifiable. (It must not be thought that the taxpayer's religion necessarily condemns all abortions, as for example, in the case of an ectopic pregnancy, but there is no evidence before this Court of the detailed belief-content of the taxpayer's religion. General opposition to abortion by Roman Catholics as a matter of faith is "a notorious historical fact" of which the Court may take judicial notice, in addition to its being stated in the statement of claim.) The Charter guarantees the taxpayer the right to hold firm to his belief, even to denounce publicly State funding of abortions, and to participate in lawful political activities against such funding. So, it is not shown that his freedom of religion and the manifestation of his religion by worship and practice are infringed by the exaction of income tax. (*R. v. Fosty*, [1989] 2 W.W.R. 193 (Man. C.A.) at pages 206-207; *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263.) Indeed, the State does not even attempt such an infringement in these circumstances.

In this parliamentary democracy with its constitutionally entrenched imperatives, principles and other implicit values, adherents both of religions long established among the people and of religions recently introduced into Canada cannot admissibly claim or practise manifestations of religious law or dogma which are inimical to Canada's constitutional imperatives or values, or which are harmful to others including their own current or fallen-away co-religionists, or which circumvent the enforcement of validly enacted laws. In this Canadian democracy, the will of the majority expressed through the medium of Parliament is not to be thwarted unless it conflicts

l'espèce, toutefois, aucune disposition législative ne prétend imposer au contribuable l'obligation de donner des conseils en matière d'avortement ou de pratiquer un avortement. En réalité, la Constitution donne au contribuable le droit d'exprimer sa condamnation véhémement de cet acte, pourvu qu'il ne blesse personne physiquement. En conséquence, on ne saurait dire que sa liberté de conscience a été violée.

Les croyances religieuses du contribuable sont hostiles à une pratique, soit l'avortement, que l'État tolère et ce, pour des raisons que le contribuable juge injustifiables. (Il ne faut pas penser que la religion du contribuable condamne nécessairement tous les avortements, notamment lorsqu'il s'agit d'une grossesse extra-utérine, mais la Cour n'a été saisie d'aucune preuve au sujet du contenu exact des croyances religieuses du contribuable. L'opposition générale des catholiques à l'avortement, à cause de la foi qu'ils professent, est un [TRADUCTION] «fait historique notoire» dont la Cour peut prendre connaissance d'office, en plus d'être mentionnée dans la déclaration du contribuable.) La Charte garantit au contribuable le droit de professer sa foi, même de dénoncer publiquement le fait que l'État finance le recours à l'avortement, ainsi que le droit de participer à des activités politiques licites pour manifester son opposition. Il n'est donc pas établi que l'assujettissement du contribuable à l'impôt porte atteinte à sa liberté de religion et au droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte. (*R. v. Fosty*, [1989] 2 W.W.R. 193 (C.A. Man.), aux pages 206 et 207; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263.) En fait, l'État ne tente même pas d'y porter atteinte dans les circonstances.

Dans une démocratie parlementaire dotée d'une Constitution qui consacre des prescriptions, des principes et d'autres valeurs implicites, ni les adeptes de religions depuis longtemps implantées au sein de la population ni les adeptes de religions fraîchement introduites au Canada ne sauraient être fondés à professer ou à mettre en pratique des aspects du droit religieux ou du dogme qui sont hostiles aux valeurs ou aux prescriptions constitutionnelles du Canada, ou qui font du tort aux autres, y compris à leurs propres coreligionnaires, qu'ils soient pratiquants ou pas, ou qui tournent l'application de lois valablement adoptées. Au sein de cette démocratie canadienne, la

with those same constitutional imperatives, principles and values. No individual believer, or religious group of believers, asserting *inter alia* the freedom of conscience and religion, can exact a higher status or greater privilege than the majority of Canadians represented in the national law-making body. The secular State, therefore, cannot constitutionally enforce the imperatives of anyone's religious belief *per se* (except for the above noted, historically entrenched educational provisions), nor can the secular State permit ardent believers to incite their co-religionists to commit illegal or anti-constitutional acts in the name of religion or even in the name of God. In any such a conflict, it is the Constitution which must be resolutely defended, for it simply cannot on any pretext be seen to contain, under the rubric of any right or freedom, the seeds of its own dilution or destruction. No constitutional imperative, principle or value can be interpreted to be inconsistent with any other such imperative, principle or value. (*Reference Re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148.) No religious value or manifestation can admissibly distort or subvert validly enacted law or the entrenched constitutional imperatives, principles and values of Canada.

Whether it is still open to Parliament to prohibit the performance of any abortions upon pain of prosecution and punishment could in future be determined by legislation not yet passed and consequent litigation yet to be resolved. It seems much clearer in a constitutional context that public funding of abortion facilities could be diminished or deleted, but the taxpayer is clearly not entitled under the rubric of freedom of conscience and religion to usurp Parliament's function by taking the law into his own hands. Nor could he lawfully incite or counsel others to do so, if he were so inclined, which is not shown here to be the case. Until he and others of like mind can persuade Parliament to grant lawful exemptions to him and Dr. Prior and other persons motivated by religion, they simply have no case based on freedom of

volonté de la majorité exprimée par le truchement du Parlement ne doit pas être contrariée, à moins d'être incompatible avec ces mêmes prescriptions, valeurs et principes constitutionnels. Aucun croyant ou groupe de croyants faisant notamment valoir sa liberté de conscience et de religion ne peut revendiquer un statut ou un privilège au détriment de la majorité des Canadiens représentés au sein de l'organe législatif national. En conséquence, l'État laïque ne peut faire respecter, sur le plan constitutionnel, les prescriptions de la foi religieuse de qui que ce soit (sauf pour ce qui est des dispositions précitées en matière d'éducation, qui sont historiquement protégées par la Constitution), ni permettre à de fervents croyants d'inciter leurs coreligionnaires à commettre des actes illicites ou anticonstitutionnels au nom de la religion, voire au nom de Dieu. Lorsque ce genre de conflit surgit, c'est la Constitution qu'il faut défendre avec détermination, car on ne peut sous aucun prétexte donner à entendre qu'elle contient, sous la rubrique d'un droit ou d'une liberté, les germes de sa propre dilution ou de sa propre destruction. Aucune prescription, aucune valeur ni aucun principe ne peut être tenu pour incompatible avec une autre prescription, une autre valeur ou un autre principe constitutionnel (*Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148.) Aucune valeur ou manifestation de nature religieuse ne saurait déformer ou renverser des lois valablement adoptées ou les prescriptions, les valeurs et les principes constitutionnalisés du Canada.

La question de savoir si le Parlement a encore la faculté d'interdire le recours à l'avortement sous peine de poursuite et de sanction pourrait être résolue ultérieurement par une loi qui n'est pas encore adoptée et par des litiges consécutifs à son adoption qui ne sont pas encore tranchés. D'un point de vue constitutionnel, il semble nettement plus probable que l'État pourrait diminuer ou supprimer les fonds publics accordés aux services d'avortement, mais le contribuable n'a certainement pas le droit d'invoquer la liberté de conscience et de religion pour usurper la fonction du Parlement en prenant la loi entre ses mains. D'autre part, il ne pourrait pas légalement conseiller à d'autres personnes de le faire ni les y inciter, si l'envie lui prenait de le faire, ce qui ne semble pas être le cas en l'espèce. Tant que le contri-

conscience and religion when it comes to paying lawfully assessed taxes.

For the Court to apply any less rigorous standard for this taxpayer would be to subvert the companion premise of "the supremacy of God" which of course is "[the supremacy of] . . . the rule of law."

In summation, the Court holds that:

1. this Court has jurisdiction in these proceedings to adjudicate the issue raised by Mr. O'Sullivan;

2. he has standing to raise the issue in these proceedings on the classical basis that he is a taxpayer who not only deems himself to be particularly affected by tax-supported funding of abortion facilities, but he is such, objectively, in view of the truth that he could hardly expect the Attorney General to support his view, and this is the taxpayer's own case, his statutorily provided means of appeal by trial *de novo*;

3. there is a definite nexus between the sums a taxpayer is compelled to pay and the programs upon which the government spends its tax-raised revenues, and it is obvious in the basis-of-standing jurisprudence that the plaintiff is classically described as a taxpayer, and as well in the operations of that "grand inquest of the nation", Parliament itself, as well as inherent in the office of the Auditor General of Canada: the precise, pointed and ever proper inquiry is always "what has been done with the taxpayers' money?" which is what those revenues are; this is the stuff of democratic politics;

4. the taxpayer's manner of asserting freedom of conscience and religion in this case "locates" or situates or places him for valid purposes of assessment of his assertion's validity, among those like Dr. Prior and the other mentioned believers who assert special interest status to exempt themselves from the operation of ordinary laws (here, the *Income Tax Act*) as

buable et ceux qui partagent son point de vue n'auront pas persuadé le Parlement d'accorder des exemptions légitimes au D^r Prior, au contribuable et à d'autres personnes motivées par la religion, il ne sera pas possible d'invoquer la liberté de conscience et de religion pour se soustraire au paiement d'impôts valablement établis.

Si la Cour assujettissait ce contribuable à une norme moins rigoureuse, elle enfreindrait le pendant de «la suprématie de Dieu», soit «la primauté du droit».

En résumé, la Cour statue:

1. que la présente Cour a compétence en l'espèce pour trancher la question soulevée par M. O'Sullivan;

2. que ce dernier a qualité pour soulever la question en l'espèce parce qu'il est un contribuable qui non seulement se considère particulièrement lésé par le fait qu'on utilise les sommes perçues en impôt pour financer le recours à l'avortement, mais qui l'est aussi, objectivement, compte tenu du fait qu'il pouvait difficilement compter sur le procureur général pour soutenir son point de vue et qu'il défend sa propre cause en ayant recours au moyen d'appel par voie de procès *de novo* prévu par la loi;

3. qu'il y a un lien précis entre les montants qu'un contribuable est tenu de payer et les programmes auxquels le gouvernement consacre ses recettes fiscales, et qu'il est évident dans la jurisprudence concernant la qualité pour agir que la partie demanderesse est typiquement décrite comme un contribuable, tout comme dans les débats de cette [TRADUCTION] «grande tribune de la nation» qu'est le Parlement et au sein même du bureau du vérificateur général du Canada; la question précise, profonde et qu'il est toujours indiqué de poser est infailliblement la suivante: [TRADUCTION] «qu'a-t-on fait avec l'argent des contribuables?», dont sont constituées ces recettes; c'est le propre de la politique démocratique;

4. que le moyen utilisé par le contribuable pour affirmer sa liberté de conscience et de religion en l'espèce le range, pour ce qui est d'évaluer correctement le bien-fondé de sa revendication, au nombre de ceux qui, comme le D^r Prior et les autres croyants dont il a été question, revendiquent le statut de personne ayant un intérêt particulier pour se soustraire

well as, notionally, those constitutional imperatives, principles and values which he and they would deny to others (the right to security of the person guaranteed by the Charter in section 7) for what he and they assert to be a higher moral purpose in conformity with his and their religious beliefs or religious laws—it must be noted that apart from asking this Court to ratify his withholding of \$50 from his income tax in order to accommodate his higher moral purpose, this taxpayer Gerard O'Sullivan, has not been shown to have committed any unlawful act, nor to have incited or counselled others to commit any violent or other unlawful acts—the Court is not here concerned with the taxpayer's lawful political action, if he chooses to indulge in the same, with a view to persuading the State, if it could, to strip itself of its protective garment of secularity;

5. despite the volume and density of these reasons and notwithstanding foregoing conclusions 2 and 3, it is clear and obvious that the taxpayer's statement of claim does not disclose any reasonable cause of action as articulated, on the basis of freedom of conscience and religion or any other basis.

This appeal from the decision of the learned Associate Senior Prothonotary, in which he ordered the taxpayer's statement of claim to be struck out, is dismissed. Were it not for other litigation in which the taxpayer has been personally involved, as well as the preceding *Prior* case, the Court would have been inclined to dismiss this appeal without giving judgment for costs against this taxpayer. In the circumstances, however, the taxpayer, Gerard O'Sullivan, shall pay to the defendant all of the latter's party-and-party costs of and incidental to this appeal from the Associate Senior Prothonotary's decision of May 17, 1991.

d'une part à l'application des lois ordinaires (en l'espèce, la *Loi de l'impôt sur le revenu*) et, d'autre part, de façon théorique, à l'application des prescriptions, des valeurs et des principes constitutionnels dont ils voudraient priver les autres (le droit à la sécurité de la personne garanti par l'article 7 de la Charte), pour ce qu'ils affirment être un but moral supérieur conforme à leurs croyances ou à leurs lois religieuses—il convient de noter qu'abstraction faite de la demande adressée à la présente Cour par le contribuable pour faire ratifier le montant de 50 \$ qu'il a retenu afin de respecter ce but moral supérieur, il n'a pas été établi que le contribuable Gerard O'Sullivan a commis un acte illicite, qu'il a conseillé à d'autres personnes de commettre des actes de violence ou d'autres actes illicites, ou qu'il les a incités à le faire—et la Cour ne s'intéresse pas en l'espèce à l'action politique licite que le contribuable pourrait décider de mener en vue de persuader l'État de se débarrasser, si c'est possible, de son vêtement laïque.

5. qu'en dépit de la longueur et de la compacité des présents motifs, ainsi que des conclusions 2 et 3 qui précèdent, il est évident que la déclaration du contribuable telle qu'elle est rédigée ne révèle aucune cause raisonnable d'action, qu'elle soit fondée sur la liberté de conscience et de religion, ou sur un autre motif.

L'appel interjeté contre la décision par laquelle le protonotaire adjoint a ordonné la radiation de la déclaration du contribuable est rejeté. Si ce n'était des autres litiges auxquels le contribuable a été personnellement partie, et de l'affaire *Prior* qui a précédé, la Cour aurait été portée à rejeter l'appel sans assujettir le contribuable au paiement des dépens. Compte tenu des circonstances, toutefois, le contribuable doit payer à la défenderesse tous les dépens entre parties de cette dernière, soit les dépens occasionnés par le présent appel de la décision du 17 mai 1991 du protonotaire adjoint.

A-319-89

Northern Sales Company Limited (*Appellant*)
(*Defendant*)

v.

Compania Maritima Villa Nova S.A. (*Respondent*)
(*Plaintiff*)

INDEXED AS: COMPANIA MARITIMA VILLA NOVA S.A. v. NORTHERN SALES CO. (C.A.)

Court of Appeal, Heald, Mahoney and Stone, J.J.A.—Winnipeg, November 4; Ottawa, November 20, 1991.

Maritime law — Foreign maritime arbitral awards — Carriage by sea — Charterparty providing for settlement of disputes in London — Dispute over demurrage charges settled by arbitration there — Application in Federal Court for enforcement of award — Appeal from Trial Division determination of points of law: (1) Award enforceable in Canada notwithstanding plaintiff's failure to enforce demurrage claim against receiver; (2) Plaintiff's failure to enforce claim for demurrage against receiver not depriving arbitrators of jurisdiction pursuant to reference; (3) 1985 arbitral award enforceable in Federal Court of Canada under 1986 United Nations Foreign Arbitral Awards Convention Act; (4) Enforceability of award in Canada not affected by fact plaintiff's original cause of action statute barred under laws of England when action commenced in Canada — Act not ultra vires Parliament — Nature of arbitration award at common law.

Constitutional law — Distribution of powers — United Nations Foreign Arbitral Awards Act intra vires Parliament as Act valid federal legislation for enforcement in Canada of foreign arbitral awards having federal character in constitutional sense — Act not overly broad in view of presumption statutes not intended to exceed jurisdiction — Enforcement of award herein falling within federal legislative competence over navigation and shipping.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Creation of cause of action for enforcement of foreign maritime arbitral awards legitimate Canadian maritime law within Federal Court Act, s. 2 — Enforcement of award within federal legislative competence over navigation and shipping.

A-319-89

Northern Sales Company Limited (*appelante*)
(*défenderesse*)

a c.

Compania Maritima Villa Nova S.A. (*intimée*)
(*demanderesse*)

RÉPERTORIÉ: COMPANIA MARITIMA VILLA NOVA S.A. c. NORTHERN SALES CO. (C.A.)

Cour d'appel, juges Heald, Mahoney et Stone, J.C.A.—Winnipeg, 4 novembre; Ottawa, 20 novembre 1991.

Droit maritime — Sentences arbitrales étrangères en matière maritime — Transport maritime — Charte-partie prévoyant le règlement de litiges à Londres — Litige portant sur les droits de surestaries résolu à Londres suite à une procédure d'arbitrage — Demande à la Cour fédérale visant l'exécution de la sentence — Appel de la décision de la Section de première instance sur des points de droit: (1) La sentence est exécutoire au Canada malgré l'omission de la demanderesse de faire exécuter sa demande en recouvrement des droits de surestaries contre le réceptionnaire; (2) L'omission de la demanderesse de faire exécuter sa demande en recouvrement des droits de surestaries contre le réceptionnaire n'a pas pour effet de priver les arbitres de la compétence qui leur est conférée par le renvoi; (3) La sentence arbitrale de 1985 peut être exécutée devant la Cour fédérale du Canada en vertu des dispositions de la Loi sur la Convention des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères de 1986; (4) Le caractère exécutoire de la sentence au Canada n'est pas touché par le fait que le fait générateur du litige de la demanderesse était prescrit en vertu des lois de l'Angleterre au moment où l'action a été introduite au Canada — La Loi n'est pas exorbitante du Parlement — Nature de la sentence arbitrale en common law.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — La Loi sur la Convention des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères n'est pas exorbitante du Parlement puisqu'il s'agit d'une loi fédérale valide visant l'exécution au Canada de sentences arbitrales étrangères dont la nature est, du point de vue constitutionnel, fédérale — La portée de la Loi n'est pas trop générale compte tenu de la présomption selon laquelle les lois ne visent pas à excéder la compétence — L'exécution de la sentence en cause relève de la compétence législative fédérale relativement à la navigation et aux bâtiments et navires.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — La naissance de la cause d'action à l'égard de l'exécution de sentences arbitrales étrangères en matière maritime relève du droit maritime canadien au sens de l'art. 2 de la Loi sur la Cour fédérale — L'exécution d'une sentence relève de la compétence législative fédérale relativement à la navigation et aux bâtiments et navires.

Conflict of laws — Foreign maritime arbitral awards — Charterparty calling for settlement of disputes in London — Time limitation for bringing action in Canadian court for enforcement of arbitral award governed by Canadian law.

The appellant entered into a charterparty agreement in January 1978 with the respondent as owner of the *Grecian Isles* for the carriage of a cargo of grain from Vancouver to Bombay, India. The charterparty contained an arbitration clause providing that disputes would be referred to arbitrators in London, England. A dispute over demurrage was settled by arbitration in May 1985. An action for the enforcement of the arbitral award was instituted in the Trial Division in May 1987. This was an appeal from the affirmative answers given by Strayer J. to the following questions put to the Court by the parties on points of law: (1) Was the award enforceable in Canada under the provisions of the *United Nations Foreign Arbitral Awards Convention Act*? (2) Could the award be enforced in Canada even if the original cause of action was statute-barred under the laws of England when action was commenced in Canada? (3) Could the award be enforced in Canada even if the plaintiff failed to enforce its claim for demurrage against the receiver of the goods? (4) Did the failure of the plaintiff to enforce its claim against the receiver of the goods deprive the arbitrators of jurisdiction? Upon this appeal the appellant also raised a constitutional question as to whether the *United Nations Foreign Arbitral Awards Convention Act* was *ultra vires* Parliament by reason of its encroachment on provincial jurisdiction.

Held, the constitutional question should be answered in the negative, the answers given by the Motions Judge should be confirmed and the appeal dismissed.

The argument against the enforceability of the award was without foundation as a failure by the respondent to enforce its claim against the receiver would not preclude a determination by arbitrators that the appellant was liable for a portion of the respondent's claim. Nor did that alleged failure deprive the arbitrators of any jurisdiction pursuant to the reference. The contested liability of the appellant for demurrage was the very matter they were authorized to decide and did decide. The appellant's real complaint was that the arbitrators did not take into account a particular defence which it had advanced.

There was no doubt that Parliament did possess the power to adopt the Act as valid federal legislation for the recognition and enforcement in Canada of foreign arbitral awards having a federal character in a constitutional sense. Whether a particular award is one whose enforcement falls within the proper ambit of the legislation may, however, have to be determined in individual cases. Secondly, express language limiting the operation of the Act to awards falling within the federal legislative sphere was not necessary. There is a *presumptio juris* as to the

Conflit des lois — Sentences arbitrales étrangères en matière maritime — La charte-partie prévoit le règlement des litiges à Londres — Le droit canadien régit le délai pour intenter devant un tribunal canadien une action en exécution d'une sentence arbitrale.

En janvier 1978, l'appelante a conclu avec l'intimée, propriétaire du *Grecian Isles*, une charte-partie prévoyant le transport d'une cargaison de grain de Vancouver à Bombay, en Inde. La charte-partie contenait une clause compromissoire prévoyant que les conflits seraient soumis à des arbitres à Londres (Angleterre). Un conflit sur les droits de surestaries a été réglé suite à un arbitrage en mai 1985. En mai 1987, une action a été introduite devant la Section de première instance en vue de l'exécution de la sentence arbitrale. Il s'agissait en l'espèce d'un appel des réponses positives données par le juge Strayer aux questions suivantes soulevées devant la Cour par les parties sur certains points de droit: (1) La sentence peut-elle être exécutée au Canada en vertu des dispositions de la *Loi sur la Convention des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères*? (2) La sentence peut-elle être exécutée au Canada même si le fait générateur du litige était prescrit en vertu des lois de l'Angleterre au moment où l'action a été introduite au Canada? (3) La sentence peut-elle être exécutée au Canada même si la demanderesse n'a pas fait exécuter sa demande en recouvrement des droits de surestaries contre le réceptionnaire de la cargaison? (4) L'omission par la demanderesse de faire exécuter sa demande contre le réceptionnaire de la cargaison prive-t-elle les arbitres de compétence? L'appelante a également soulevé dans cet appel la question constitutionnelle de savoir si la *Loi sur la Convention des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères* est exorbitante du Parlement au motif qu'elle empiète sur une compétence provinciale.

Arrêt: la question constitutionnelle devrait recevoir une réponse négative, les réponses données par le juge des requêtes devraient être confirmées et l'appel rejeté.

L'argument à l'encontre du caractère exécutoire de la sentence était sans fondement puisque l'omission par l'intimée de faire exécuter sa demande contre le réceptionnaire n'empêchait pas les arbitres de statuer que l'appelante était redevable à l'intimée pour une partie de sa demande. De même, l'omission présumée n'a pas eu pour effet de priver les arbitres de la compétence qui leur est conférée par renvoi. L'obligation contestée de l'appelante d'acquitter les droits de surestaries était la question même qu'ils étaient en droit de régler et ils l'ont effectivement réglée. La véritable plainte de l'appelante porte sur le fait que les arbitres n'ont pas tenu compte d'un certain moyen de défense qu'elle avait invoqué.

Il n'y a aucun doute que le Parlement possédait effectivement le pouvoir d'adopter la Loi à titre de législation fédérale valide visant la reconnaissance et l'exécution au Canada de sentences arbitrales étrangères dont la nature est, du point de vue constitutionnel, fédérale. La question se posera toutefois de savoir, lors d'affaires particulières, si l'exécution d'une certaine sentence se situe dans la juste portée de la législation. En deuxième lieu, il n'est pas nécessaire d'utiliser des termes explicites pour restreindre l'application de la Loi à des sen-

existence of the *bona fide* intention of a legislative body to confine itself to its own sphere and a presumption of similar nature that general words in a statute are not intended to extend its operation beyond the territorial authority of the legislature. Thirdly, the kind of award with which the Court was here concerned—having regard to its origin in a charterparty agreement, an undoubted maritime contract, and to the underlying claim for demurrage, an undoubted maritime claim—fell within “Canadian maritime law” as this term is now understood, and such law rests on the legislative competence of Parliament under subsection 91(10) of the *Constitution Act, 1867*. It was important to bear in mind the nature of an arbitration award at common law. It is the award coupled with the implied promise to pay it which creates a fresh cause of action.

Parliament could invest the Trial Division with jurisdiction to entertain this cause of action. The three requirements for the existence of jurisdiction in the Trial Division (set by the Supreme Court of Canada in *ITO—International Terminal Operators*) were met in the case at bar. (1) The statutory grant of jurisdiction was found in section 6 of the Act and in paragraph 22(2)(j) of the *Federal Court Act*. (2) The existing body of federal law essential to the disposition of the case and nourishing the jurisdiction was found in Canadian maritime law, which includes arbitral awards of this kind. (3) That law was “a law of Canada”.

With respect to the limitation of action question, it is well-established in both Canadian and English law that limitation statutes of this nature are procedural in character and the relevant provisions are those of the *lex fori*. Thus the matter of the limitation period applicable to an action in a Canadian court to enforce an award is governed by Canadian law—subsection 39(2) of the *Federal Court Act* which provides that the action must be commenced within six years of the date that the cause of action arose. In this case, the cause of action arose on the date of the award: May 24, 1985, and the action was instituted in the Trial Division in 1987, well within the six-year limitation period.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 91(10), 92(13),(14),(16).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 2, 22(2)(i), 39(2).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 474 (as am. by *SOR/79-57*, s. 14), 1101.
Limitations Act 1980, 1980, c. 58 (U.K.), s. 7.

tences se situant dans la cadre législatif fédéral. Il existe une présomption *de juris* quant à l'existence de l'intention véritable d'un organisme législatif d'agir dans les limites de sa compétence et une présomption semblable que les termes généraux employés dans une loi n'ont pas pour effet d'étendre son application au-delà de la compétence territoriale de la législature. En troisième lieu, le genre de sentence sur laquelle la Cour devait se prononcer en l'espèce—quant à son origine dans la charte-partie, un contrat sans aucun doute maritime, et quant à la demande sous-jacente de recouvrement de droits de surestaries, une demande sans contredit maritime—relève du «droit maritime canadien» tel que nous le connaissons aujourd'hui, un tel ensemble de règles de droit relevant de la compétence législative du Parlement en vertu du paragraphe 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il est important de garder à l'esprit la nature d'une sentence arbitrale en common law. La sentence, jointe à la promesse implicite de la payer, crée une nouvelle cause d'action.

Il était du ressort du Parlement de conférer à la Section de première instance la compétence de connaître de cette cause d'action. Les trois conditions nécessaires à l'existence de la compétence de la Section de première instance (formulées par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *ITO—International Terminal Operators*) ont été respectées en l'espèce. (1) L'attribution de la compétence par une loi se trouve à l'article 6 de la Loi et à l'alinéa 22(2)(j) de la *Loi sur la Cour fédérale*. (2) Le droit maritime canadien, qui inclut les sentences arbitrales de ce genre, renferme l'ensemble actuel de règles de droit fédérales essentiel à la résolution de l'affaire et constituant le fondement de l'attribution de la compétence. (3) Cette loi était «une loi du Canada».

Au chapitre du délai de prescription d'une action, le droit canadien et le droit anglais prévoient clairement que les lois de ce genre en matière de prescription sont de nature procédurale et que les dispositions pertinentes sont celles de la *lex fori*. Ainsi, le droit canadien régit la question relative au délai de prescription applicable à une action en exécution d'une sentence intentée devant un tribunal canadien—le paragraphe 39(2) de la *Loi sur la Cour fédérale* prévoit que le délai de prescription est de six ans à compter du fait générateur du litige. En l'espèce, le fait générateur est survenu le jour où la sentence a été rendue, soit le 24 mai 1985, et l'action a été intentée devant la Section de première instance en 1987, bien avant que le délai de prescription de six ans ne soit écoulé.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Limitations Act 1980*, 1980, chap. 58 (R.-U.), art. 7.
Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91(10), n° 92(13),(14),(16).
Loi sur la Convention des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères, S.C. 1986, chap. 21, art. 3, 4(2), 6, ann., art. V 1c), d), XI.

The International Commercial Arbitration Act, S.M. 1986-87, c. 32, C.C.S.M., C151.

United Nations Foreign Arbitral Awards Convention Act, S.C. 1986, c. 21, ss. 3, 4(2), 6, Sch., Art. V 1(c), (d), XI.

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 2, 22(2)i), 39(2).

Loi sur l'arbitrage commercial international, L.M. 1986-87, chap. 32, CPLM C151.

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 474 (mod. par DORS/79-57, art. 14), 1101.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Di Iorio et al. v. Warden of the Montreal Jail, [1978] 1 S.C.R. 152; (1976), 35 C.R.N.S. 57; 8 N.R. 361; *Canadian Broadcasting Corporation et al. v. Quebec Police Commission*, [1979] 2 S.C.R. 618; (1979), 101 D.L.R. (3d) 24; 48 C.C.C. (2d) 289; 14 C.P.C. 60; 28 N.R. 541; *Doleman & Sons v. Ossett Corporation*, [1912] 3 K.B. 257 (C.A.); *Bloemen (F.J.) Pty. Ltd. v. City of Gold Coast Council*, [1973] A.C. 115 (P.C.); *Agromet Motoimport v. Maulden Engineering Co. (Beds.) Ltd.*, [1985] 1 W.L.R. 762 (Q.B.D.); *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273; (1990), 77 D.L.R. (4th) 25; [1991] 2 W.W.R. 195; 52 B.C.L.R. (2d) 187; 120 N.R. 109; *Tropwood A.G. et al. v. Sivaco Wire & Nail Co. et al.*, [1979] 2 S.C.R. 157; (1979), 99 D.L.R. (3d) 235; 10 C.P.C. 9; 26 N.R. 313; *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Monk Corp. v. Island Fertilizers Ltd.*, [1991] 1 S.C.R. 779; (1991), 80 D.L.R. (4th) 58; 123 N.R. 1; *Seapearl (The Ship M/V) v. Seven Seas Dry Cargo Shipping Corporation of Santiago, Chile*, [1983] 2 F.C. 161; (1982), 139 D.L.R. (3d) 669; 43 N.R. 517 (C.A.); *Eurobulk Ltd. v. Wood Preservation Industries*, [1980] 2 F.C. 245; (1979), 106 D.L.R. (3d) 571 (T.D.); *Atlantic Lines & Navigation Co. Inc. v. Didymi (The)*, [1988] 1 F.C. 3; (1987), 39 D.L.R. (4th) 399; 78 N.R. 99 (C.A.).

CONSIDERED:

Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario, [1937] A.C. 326 (P.C.).

AUTHORS CITED

Mustill, Michael J. and Boyd, Stewart C. *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, London: Butterworths, 1982.

Walton, Anthony and Victoria, Mary *Russell on the Law of Arbitration*, 20th ed., London: Stevens & Sons, 1982.

COUNSEL:

Morse Silden and Mathew Bernard Nepon for appellant (defendant).

Peter F. M. Jones for respondent (plaintiff).

Lewis E. Levy for intervenor.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Di Iorio et autre c. Gardien de la prison de Montréal, [1978] 1 R.C.S. 152; (1976), 35 C.R.N.S. 57; 8 N.R. 361; *Société Radio-Canada et autre c. Commission de police du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 618; (1979), 101 D.L.R. (3d) 24; 48 C.C.C. (2d) 289; 14 C.P.C. 60; 28 N.R. 541; *Doleman & Sons v. Ossett Corporation*, [1912] 3 K.B. 257 (C.A.); *Bloemen (F.J.) Pty. Ltd. v. City of Gold Coast Council*, [1973] A.C. 115 (P.C.); *Agromet Motoimport v. Maulden Engineering Co. (Beds.) Ltd.*, [1985] 1 W.L.R. 762 (Q.B.D.); *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273; (1990), 77 D.L.R. (4th) 25; [1991] 2 W.W.R. 195; 52 B.C.L.R. (2d) 187; 120 N.R. 109; *Tropwood A.G. et autres c. Sivaco Wire & Nail Co. et autres*, [1979] 2 R.C.S. 157; (1979), 99 D.L.R. (3d) 235; 10 C.P.C. 9; 26 N.R. 313; *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Monk Corp. c. Island Fertilizers Ltd.*, [1991] 1 R.C.S. 779; (1991), 80 D.L.R. (4th) 58; 123 N.R. 1; *Seapearl (Navire M/V) c. Seven Seas Dry Cargo Shipping Corporation de Santiago (Chili)*, [1983] 2 C.F. 161; (1982), 139 D.L.R. (3d) 669; 43 N.R. 517 (C.A.); *Eurobulk Ltd. c. Wood Preservation Industries*, [1980] 2 C.F. 245; (1979), 106 D.L.R. (3d) 571 (1^{re} inst.); *Atlantic Lines & Navigation Co. Inc. c. Didymi (Le)*, [1988] 1 C.F. 3; (1987), 39 D.L.R. (4th) 399; 78 N.R. 99 (C.A.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario, [1937] A.C. 326 (P.C.).

DOCTRINE

Mustill, Michael J. and Boyd, Stewart C. *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, London: Butterworths, 1982.

Walton, Anthony and Victoria, Mary *Russell on the Law of Arbitration*, 20th ed., London: Stevens & Sons, 1982.

AVOCATS:

Morse Silden et Mathew Bernard Nepon pour l'appelante (défenderesse).

Peter F. M. Jones pour l'intimée (demanderesse).

Lewis E. Levy pour l'intervenant.

SOLICITORS:

Kushner, Gordon & Silden, Winnipeg, for appellant (defendant).

Paterson, MacDougall, Toronto, for respondent (plaintiff).

Deputy Attorney General of Canada for intervenor.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

STONE J.A.: This is an appeal from an order of the Trial Division [(1989), 29 F.T.R. 136] made on June 12, 1989, responding to certain questions posed by that Division by order of February 1, 1989, made pursuant to Rule 474 of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663 (as am. by SOR/79-57, s. 14)], in response to a request for directions for the determination of certain points of law raised in the pleadings.

The issues in this appeal centre on the enactment of the *United Nations Foreign Arbitral Awards Convention Act* [S.C. 1986, c. 21], (the "Act"), a federal statute, which was assented to June 17, 1986, and was proclaimed in force August 10, 1986. Scheduled to and approved in section 3 of the Act is the "Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards" (the "Convention") which was adopted by the United Nations Conference on an International Commercial Arbitration at New York June 10, 1958. Canada acceded to that Convention May 12, 1986. We were told that uniform legislation has been enacted by all of the provinces of Canada as well as by the Yukon and Northwest Territories for implementation of the Convention. In the Province of Manitoba, the implementing legislation has taken the form of *The International Commercial Arbitration Act*, S.M. 1986-87, c. 32, C.C.S.M., C151.

By subsection 4(2) of the Act, the Convention is to apply to "arbitral awards and arbitration agreements whether made before or after the coming into force of this Act".

The appellant company, which carries on business as a buyer, seller and supplier of grains, entered into

PROCUREURS:

Kushner, Gordon & Silden, Winnipeg, pour l'appelante (défenderesse).

Paterson, MacDougall, Toronto, pour l'intimé (demanderesse).

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

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

LE JUGE STONE, J.C.A.: Il s'agit d'un appel d'une ordonnance rendue par la Section de première instance [(1989), 29 F.T.R. 136] le 12 juin 1989, par laquelle elle statuait sur certaines questions qu'elle avait elle-même soulevées dans une ordonnance rendue en vertu de la Règle 474 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., chap. 663 (mod. par DORS/79-57, art. 14)] le 1^{er} février 1989 en réponse à une demande visant à obtenir des directives pour qu'il soit statué sur certains points de droit soulevés dans les actes de procédure.

Les points en litige soulevés par le présent appel visent l'adoption de la *Loi sur la Convention des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères* [S.C. 1986, chap. 21] (la «Loi»), une loi fédérale sanctionnée le 17 juin 1986 et proclamée le 10 août 1986. Reproduite en annexe et approuvée à l'article 3 de la Loi, la «Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères» (la «Convention») a été adoptée par la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international tenue à New York le 10 juin 1958. Le Canada y a adhéré le 12 mai 1986. On nous a fait part que toutes les provinces du Canada de même que le Yukon et les Territoires du Nord-Ouest avaient adopté une législation uniforme visant à donner effet à la Convention. Au Manitoba, cette législation a pris la forme de la *Loi sur l'arbitrage commercial international*, L.M. 1986-87, chap. 32, CPLM, C151.

En vertu du paragraphe 4(2) de la Loi, la Convention s'applique aux «sentences arbitrales rendues et aux conventions d'arbitrage conclues avant ou après l'entrée en vigueur de la présente Loi».

Le 17 janvier 1978, la compagnie appelante, entreprise qui achète, vend et transporte le grain, a conclu

a a charterparty agreement on January 17, 1978, with the respondent as owner of the vessel *Grecian Isles*, for carriage of a cargo of grain from the port of Vancouver to the port of Bombay, India. Clauses 10 and 17 of the charterparty are relevant. They read:

10. "CENTROCON" ARBITRATION CLAUSE

All disputes from time to time arising out of this contract shall, unless the parties agree forthwith on a single Arbitrator, be referred to the final arbitrament of two Arbitrators carrying on business in London who shall be members of the Baltic and engaged in the Shipping and/or Grain Trades, one to be appointed by each of the parties, with power to such Arbitrators to appoint an Umpire. Any claim must be made in writing and Claimant's Arbitrator appointed within 9 (nine) months of final discharge and where this provision is not complied with the claim shall be deemed to be waived and absolutely barred. No award shall be questioned or invalidated on the ground that any of the Arbitrators is not qualified as above, unless objection to his acting be taken before the award is made.

17. Demurrage and/or despatch at loading port to be settled between Owners and Charterers. Demurrage and/or despatch at discharging port to be settled Between Owners and Receivers. Charterers will remain responsible for settlement of demurrage but in any case such settlement to be effected not later than sixty days from completion of discharge, provided demurrage calculations have been agreed by all parties.

The Motions Judge, Strayer J., at page 138, set out the following additional facts:

The defendant states that discharge of the cargo was completed on May 20, 1978, and that, in accordance with paragraph 17 as quoted above, any claim for demurrage which the plaintiff might have had against the defendant charterer would have arisen on July 20, 1978, sixty days after completion of discharge of cargo. It is apparent that the defendant disputed its liability to pay demurrage. The parties do not allege in their pleadings, nor did they indicate in court any agreement, as to when this dispute was referred to arbitration. They do, however, agree that it was so referred, that a hearing took place in London, England on May 13, 1985, at which the plaintiff was represented but at which the defendant made only a written submission, and that the award was released by the arbitrators on May 24, 1985. The claim presented by the plaintiff owner for demurrage was in the amount of (U.S.) \$150,392.25. The arbitrators awarded the owner (U.S.) \$53,168.40 together with interest and costs.

The action was instituted in the Trial Division on May 19, 1987, for enforcement of this arbitral award. The pleadings in that action gave rise to the points of

avec l'intimée, propriétaire du navire *Grecian Isles*, une charte-partie prévoyant le transport, de Vancouver à Bombay, en Inde, d'une cargaison de grain. Les clauses 10 et 17 de la charte-partie sont pertinentes et elles sont ainsi libellées:

[TRADUCTION] 10. CLAUSE COMPROMISSOIRE «CENTROCON»

Tout conflit découlant de ce contrat est, sauf si les parties conviennent immédiatement d'un arbitre unique, soumis, pour arbitrage final, à deux arbitres, membres de la Baltic, exerçant à Londres et œuvrant dans l'expédition et/ou le commerce du grain. Chaque partie nomme un arbitre; les arbitres ont le pouvoir de nommer un surarbitre. Toute réclamation est soumise par écrit, et l'arbitre du demandeur est nommé dans les 9 (neuf) mois du dernier déchargement; à défaut de respecter cette disposition, la partie est réputée avoir renoncé à la réclamation alors prescrite. La sentence ne peut être contestée ni invalidée pour le motif que l'un ou l'autre des arbitres n'a pas la compétence exigée, sauf si une objection à sa nomination est soulevée avant que la sentence ne soit rendue.

17. Les droits de surestaries ou d'expédition au port de chargement sont réglés entre les armateurs et les affrêteurs. Les droits de surestaries ou d'expédition au port de déchargement sont réglés entre les armateurs et les réceptionnaires. Les affrêteurs demeurent responsables du règlement des droits de surestaries mais dans tous les cas, ce règlement doit s'effectuer dans les soixante jours à compter de la fin du déchargement, pourvu que toutes les parties se soient entendues sur le calcul de droits de surestaries.

Le juge des requêtes Strayer a également décrit les faits suivants à la page 138:

La défenderesse déclare que la cargaison a fini d'être déchargée le 20 mai 1978 et que, conformément au paragraphe 17 précité, toute réclamation que la demanderesse pourrait avoir contre elle relativement aux droits de surestaries aurait dû être intentée le 20 juillet 1978, c'est-à-dire soixante jours après la fin du déchargement de la cargaison. Il est manifeste que la défenderesse refuse d'acquiescer les droits de surestaries. Les parties ne mentionnent pas dans leurs plaidoiries la date à laquelle ce différend a été soumis à l'arbitrage, ni ne se sont entendues devant la Cour à ce sujet. Elles conviennent cependant qu'il l'a effectivement été, qu'une audience a eu lieu à Londres, en Angleterre, le 13 mai 1985, au cours de laquelle la demanderesse était représentée, alors que la défenderesse n'a présenté que des arguments écrits, et admettent en outre que la sentence a été rendue par les arbitres le 24 mai 1985. La demanderesse armateur a soumis une demande en recouvrement de droits de surestaries au montant de 150 392,25 \$ (U.S.). Les arbitres lui ont accordé 53 168,40 \$ (U.S.) avec intérêts et dépens.

Le 19 mai 1987, la demanderesse a intenté une action devant la Section de première instance en vue de l'exécution de la sentence arbitrale. Les actes de

law which were formulated as questions by the order of February 1, 1989, being namely:

(a) [I]s the Arbitration Award ("the Award") referred to in paragraph 5 of the statement of claim herein enforceable or maintainable in Canada under the provisions of the *United Nations Foreign Arbitral Award[s] [Convention] Act*, Stat. Canada 1986, c. 21?

(b) [C]an the Award be enforced or maintained in Canada if the plaintiff's original cause of action is statute barred under the laws of England?

(c) [C]an the Award be enforced or maintained in Canada if the plaintiff has failed to enforce its claim for demurrage under the Charter Party ("the Charter Party") dated the 17th day of January, 1978 against the receiver of the goods carried on board the *Grecian Isle[s]*?

(d) [D]id the Plaintiff's failure to enforce its claim for demurrage under the Charter Party against the receiver of the goods carried on board the *Grecian Isle[s]* deprive the arbitrators of jurisdiction?

After discussing the respective positions of the parties and expressing his views thereon, Strayer J. answered these four questions at pages 143-144 as follows:

(a) The award is enforceable in Canada and in this court pursuant to the provisions of the *United Nations Foreign Arbitral Award Act*:

(b) the enforceability of the award in Canada would not be affected by the fact that the plaintiff's original cause of action was statute-barred under the laws of England when action was commenced in Canada for enforcement, provided that it would be open to a Canadian court to refuse recognition or enforcement of the award if the defendant provides proof that the arbitration was commenced (as defined in the *U.K. Limitation Act, 1980*) in England after the expiration of the relevant limitation period as defined by English law, and that the defendant pleaded or raised the limitation defence before the arbitrators;

(c) the award can be enforced and maintained in Canada notwithstanding the plaintiff's failure to enforce its claim for demurrage against the receiver; and

(d) the plaintiff's failure to enforce its claim for demurrage against the receiver did not deprive the arbitrators of jurisdiction.

procédure de l'action ont soulevé des points de droit soumis sous la forme de questions par l'ordonnance rendue le 1^{er} février 1989, lesquelles sont ainsi libellées:

(a) La sentence arbitrale («la sentence») mentionnée au paragraphe 5 de la déclaration ci-jointe peut-elle être exécutée ou maintenue en vigueur au Canada en vertu des dispositions de la *Loi sur la Convention des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères*, Stat. Canada 1986, chap. 21?

(b) La sentence peut-elle être exécutée ou maintenue en vigueur au Canada si le fait générateur du litige est prescrit en vertu des lois de l'Angleterre?

(c) La sentence peut-elle être exécutée ou maintenue en vigueur au Canada si la demanderesse n'a pas fait exécuter sa demande en recouvrement des droits de surestaries en vertu de la charte-partie («la charte-partie») en date du 17 janvier 1978 contre le réceptionnaire de la cargaison transportée à bord du *Grecian Isle[s]*?

(d) L'omission de la demanderesse de faire exécuter sa demande en recouvrement des droits de surestaries en vertu de la charte-partie contre le réceptionnaire de la cargaison transportée à bord du *Grecian Isle[s]* a-t-elle rendu les arbitres incompetents?

Après avoir analysé les prétentions respectives des parties et avoir fait part de son opinion à ce sujet, le juge Strayer a répondu aux quatre questions, aux pages 143 et 144, de la façon suivante:

(a) La sentence arbitrale est exécutoire au Canada et devant cette Cour conformément à la *Loi sur la Convention des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères*;

(b) le caractère exécutoire de la sentence au Canada n'est pas touché même si le fait générateur du litige était prescrit en vertu des lois de l'Angleterre au moment où les procédures d'exécution ont été engagées au Canada, pourvu qu'une cour canadienne puisse refuser de reconnaître ou d'exécuter la sentence, si la défenderesse fournit la preuve que la question a été soumise à l'arbitrage (défini à la *Limitation Act, 1980* du R.-U.) en Angleterre après l'expiration du délai de prescription prévu par le droit anglais et que la défenderesse a plaidé ou a invoqué devant les arbitres le moyen de défense fondé sur la prescription;

(c) la sentence peut être exécutée et maintenue en vigueur au Canada nonobstant l'omission de la demanderesse de faire exécuter sa demande en recouvrement de droits de surestaries contre le réceptionnaire; et

(d) l'omission de la demanderesse de faire exécuter sa demande en recouvrement de droits de surestaries ne porte pas atteinte à la compétence des arbitres.

After this appeal was launched, the appellant gave notice of the following constitutional question pursuant to Rule 1101 of the *Federal Court Rules*:

Is the *United Nations Foreign Arbitral Awards Convention Act*, S.C. 1986, c. 21 *ultra vires* The Parliament of Canada by reason of its violation of Sections 92(13), 92(14), 92(16) of the *Constitution Act, 1867*?

This notice was served on the Attorney General of Canada and on the Attorney General of Manitoba. It led the Attorney General of Canada, with leave of the Court, to intervene in this appeal, to file a memorandum of facts and law and to appear by counsel. The Attorney General of Manitoba has not intervened.

In its written argument, the appellant attacks all four answers of the learned Motions Judge but restricted its oral submissions to answers (a) and (b) without abandoning its attacks on answers (c) and (d). I am able to deal with these two attacks shortly. Article V 1(c) and (d) of the Convention were in question in relation to answers (c) and (d). They read:

Article V

1. Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that:

(c) The award deals with a difference not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, that part of the award which contains decisions on matters submitted to arbitration may be recognized and enforced; or

(d) The composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place; or

The learned Motions Judge stated, at pages 142-143:

I will deal with these questions together because I believe they involve essentially the same issue. Like counsel for the defendant, I believe the permissible grounds to refuse recognition

Une fois le présent appel interjeté, l'appelante a donné avis de la question constitutionnelle suivante, conformément à la Règle 1101 des *Règles de la Cour fédérale*:

[TRADUCTION] La *Loi sur la Convention des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères*, S.C. 1986, chap. 21 est-elle exorbitante du Parlement du Canada au motif qu'elle viole les paragraphes 92(13), 92(14) et 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

L'avis a été signifié au Procureur général du Canada et à celui du Manitoba. Le Procureur général du Canada est, par conséquent, avec l'autorisation de la Cour, intervenu dans cet appel, il a déposé un exposé des faits et du droit et il a comparu par procureur. Le Procureur général du Manitoba, quant à lui, n'est pas intervenu.

Dans sa plaidoirie écrite, l'appelante a contesté les quatre réponses du juge des requêtes, mais elle a limité ses observations orales aux réponses a) et b), sans toutefois se désister de sa contestation des réponses c) et d). Je peux traiter de ces deux contestations brièvement. Les paragraphes V 1c) et d) de la Convention sont concernés par les réponses c) et d). Ils portent que:

Article V

1. La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve:

c) que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire; toutefois, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, les premières pourront être reconnues et exécutées; ou

d) que la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties, ou, à défaut de convention, qu'elle n'a pas été conforme à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu; ou

Le juge des requêtes a écrit, aux pages 142 et 143:

Je traiterai de ces deux questions en même temps parce que je crois qu'elles se recourent. Je partage l'avis de l'avocat de la défenderesse selon lequel les motifs permis pour refuser la

and enforcement must be found in Article V of the **Convention**. He relies on paragraph 1(c) of that article with respect to both of these questions, arguing in effect that if, as he alleges, the plaintiff owner should have settled the demurrage with the receiver as stated in paragraph 17 of the charterparty, then the determination by the arbitrators partially in favour of the plaintiff must not have given effect to the requirements of paragraph 17 and therefore, in the words of paragraph V 1(c) of the **Convention**

"[t]he award deals with a difference not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, . . ."

I am unable to conclude that if the plaintiff failed to enforce its claim for demurrage against the receiver paragraph V 1(c) would prevent the enforceability of the award. It appears to me that the "difference" contemplated by the submission to arbitration was the contested liability of the defendant to pay demurrage by virtue of paragraph 17 of the charterparty. What the defendant complains of instead is that a particular defence which it feels it had was not adequately taken into account by the arbitrators in the settlement of the "difference" which was referred to them. No authority has been cited to me, nor does it appear reasonable to conclude, that the failure, real or hypothetical, of the plaintiff to enforce its claim against the receiver precluded any determination by the arbitrators that the defendant was liable for a portion of the plaintiff's claim. It appears to me that the arbitrators decided the very "difference", namely the existence and extent of the defendant's liability under the charterparty for demurrage, which was referred to them by the parties. It was for them to decide what effect if any the plaintiff's failure to settle demurrage should have on the defendant's liability.

For the same reason I am unable to conclude that this alleged failure of the plaintiff to enforce demurrage against the receiver deprived the arbitrators of any jurisdiction pursuant to the reference. The jurisdictional argument must also be justified, if at all, under Article V 1(c) of the **Convention** on the basis that the determination of liability of the defendant notwithstanding the plaintiff's failure was a matter not referred to the arbitrators in the submission. The terms of the submission must be taken to have been in accordance with paragraph 10 of the charterparty, quoted above, which was to govern "all disputes from time to time arising out of this contract". The contested liability of the defendant for demurrage was surely the "dispute" referred to the arbitrators: that was the very matter they were authorized to decide and did decide. The defendant's real complaint is that the arbitrators did not take into account a particular defence which it feels it had. That is not a basis for refusing recognition within the language of Article V of the **Convention**.

reconnaissance et l'exécution sont énoncés à l'article V de la **Convention**. Il invoque le paragraphe 1(c) de cet article relativement à ces deux questions, soutenant que si la demanderesse armateur devait régler les droits de surestaries avec le réceptionnaire conformément au paragraphe 17 de la charte-partie, la décision des arbitres favorisant partiellement la demanderesse n'a donc pas dû être conforme aux exigences énoncées au paragraphe 17 ni par conséquent, aux termes du paragraphe V 1(c) de la **Convention**

que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire . . .

Je ne peux pas conclure que si la demanderesse ne faisait pas exécuter sa demande de paiement des droits de surestaries contre le réceptionnaire, le paragraphe V 1(c) empêcherait l'exécution de la sentence. Il me semble que le «différend» visé par la clause compromissoire était l'obligation contestée de la défenderesse de payer les droits de surestaries conformément au paragraphe 17 de la charte-partie. Ce qui fait plutôt l'objet de la plainte de la défenderesse c'est que les arbitres, en réglant le «différend» qui leur avait été soumis, n'ont pas tenu compte de manière satisfaisante d'un moyen de défense auquel elle croyait avoir droit. Aucune doctrine ni jurisprudence ne m'a été citée et il ne me paraît pas raisonnable de conclure que l'omission, réelle ou hypothétique, de la demanderesse de faire exécuter sa demande contre le réceptionnaire empêchait les arbitres de décider que la défenderesse était en partie redevable à la demanderesse. Il me semble que les arbitres ont déterminé le «différend» qui leur a été soumis par les parties, c'est-à-dire l'existence et l'étendue de l'obligation de la défenderesse d'acquitter les droits de surestaries en vertu de la charte-partie. Il leur fallait décider quel effet, le cas échéant, l'omission de la demanderesse de régler les droits de surestaries devrait avoir sur l'obligation de la défenderesse.

Pour la même raison, je suis incapable de conclure que cette omission présumée de la demanderesse de faire exécuter le paiement des droits de surestaries contre le réceptionnaire a eu pour effet de priver les arbitres de la compétence qui leur est conférée par le renvoi. Il importe également de justifier de l'argument portant sur la compétence et fondé sur l'article V 1(c) de la **Convention** en tenant compte du fait que la question de la détermination de l'obligation de la défenderesse, malgré l'omission de la demanderesse, n'a pas été soumise aux arbitres dans le compromis. Il faut présumer que les termes de la clause compromissoire étaient conformes au paragraphe 10 de la charte-partie, susmentionnée, qui devait régir «tout conflit découlant de ce contrat». Le «conflit» soumis aux arbitres était certainement l'obligation contestée de la défenderesse d'acquitter les droits de surestaries: il s'agissait là de la question qu'ils étaient en droit de régler et qu'ils ont effectivement réglée. La véritable plainte de la défenderesse porte sur le fait que les arbitres n'ont pas tenu compte d'un certain moyen de défense qu'elle croyait avoir le droit d'invoquer. Cela ne constitue pas une raison pour refuser de reconnaître une sentence au sens de l'article V de la **Convention**.

I am in respectful agreement with these views.

I turn now to the issues which arise out of answers (a) and (b). The issue in relation to the first of these answers is the constitutional question which I shall repeat here for the sake of convenience:

Is the *United Nations Foreign Arbitral Awards Convention Act*, S.C. 1986, c. 21 *ultra vires* The Parliament of Canada by reason of its violation of Sections 92(13), 92(14), 92(16) of the *Constitution Act, 1867*?

Although this question was not before the Trial Division, some argument was addressed to the learned Motions Judge as to the competence of Parliament to adopt the Act. The views he expressed were in the context of Article XI of the Convention, which he referred to as a "federal state clause". That Article reads:

Article XI

In the case of a federal or non-unitary State, the following provisions shall apply:

(a) With respect to those articles of this Convention that come within the legislative jurisdiction of the federal authority, the obligations of the federal Government shall to this extent be the same as those of Contracting States which are not federal States;

(b) With respect to those articles of this Convention that come within the legislative jurisdiction of constituent states or provinces which are not, under the constitutional system of the federation, bound to take legislative action, the federal Government shall bring such articles with a favourable recommendation to the notice of the appropriate authorities of constituent states or provinces at the earliest possible moment;

(c) A federal State Party to this Convention shall, at the request of any other Contracting State transmitted through the Secretary-General of the United Nations, supply a statement of the law and practice of the federation and its constituent units in regard to any particular provision of this Convention, showing the extent to which effect has been given to that provision by legislative or other action.

The learned Judge expressed himself as follows on the question of Parliament's competence, at page 140:

Section 6 of the 1986 Act says that an application to enforce awards pursuant to the Convention "may be made to the Federal Court". As for the jurisdiction of Parliament to so provide, consistently with the "federal state clause" of the Convention Parliament must be taken to have legislated those aspects of

Je suis respectueusement d'accord avec cette opinion.

J'en viens maintenant aux points en litige soulevés par les réponses a) et b). La première réponse soulève une question constitutionnelle que je répéterai pour plus de commodité:

[TRADUCTION] La *Loi sur la Convention des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères*, S.C. 1986, chap. 21 est-elle exorbitante du Parlement du Canada au motif qu'elle viole les paragraphes 92(13), 92(14) et 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Bien que cette question n'ait pas été soumise à la Section de première instance, on a soumis au juge des requêtes un moyen portant sur la compétence du Parlement d'adopter la Loi. Les opinions du juge se situent dans le contexte de l'article XI de la Convention, qu'il a appelé la «clause relative à l'État fédératif», et qui est ainsi libellé:

Article XI

Les dispositions ci-après s'appliqueront aux États fédératifs ou non unitaires:

a) en ce qui concerne les articles de la présente Convention qui relèvent de la compétence législative du pouvoir fédéral, les obligations du gouvernement fédéral seront les mêmes que celles des états contractants qui ne sont pas des États fédératifs;

b) en ce qui concerne les articles de la présente Convention qui relèvent de la compétence législative de chacun des États ou provinces constituants, qui ne sont pas, en vertu du système constitutionnel de la fédération, tenus de prendre des mesures législatives, le gouvernement fédéral portera le plus tôt possible, et avec son avis favorable, lesdits articles à la connaissance des autorités compétentes des États ou provinces constituants;

c) un État fédératif partie à la présente Convention communiquera, à la demande de tout autre État contractant qui lui aura été transmise par l'intermédiaire du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, un exposé de la législation et des pratiques en vigueur dans la fédération et ses unités constituantes, en ce qui concerne telle ou telle disposition de la Convention, indiquant la mesure dans laquelle effet a été donné, par une action législative ou autre, à ladite disposition.

Le juge s'est ainsi exprimé sur la question de la compétence du Parlement, à la page 140:

L'article 6 de la Loi de 1986 prévoit qu'une demande d'exécution d'une sentence aux termes de la Convention «peut être faite à la Cour fédérale». En ce qui a trait à la compétence du Parlement pour légiférer dans ce sens, conformément à la «clause relative à l'État fédératif» de la Convention, il faut

the Convention which are within its jurisdiction. "Navigation and shipping" is a head of jurisdiction assigned to Parliament. There is ample jurisprudence to the effect that maritime law in a very broad sense is within that assignment of legislative power and that such laws can be considered "laws of Canada" within the meaning of s. 101 of the Constitution Act, 1867. The settlement of disputes over charterparties must be taken to be within "navigation and shipping".

This means that Parliament had jurisdiction to give the Convention the force of law in areas within its authority such as "navigation and shipping", and that the Federal Court has jurisdiction because there has been a specific statutory grant of authority to it by Parliament to decide claims arising out of a law of Canada. [Footnote omitted.]

The *vires* of the Act is brought into question because it purports to deal with the enforcement of "foreign arbitral awards" *simpliciter*, not being limited in its scope to awards falling under heads of federal legislative competence. Section 6 provides the legal mechanism by which enforcement may be achieved. It reads:

6. For the purpose of seeking recognition and enforcement of an arbitral award pursuant to the Convention, application may be made to the Federal Court or any superior, district or county court.

The appellant advances three arguments for declaring the Act to be *ultra vires*. First, as a foreign arbitral award originates in contract its enforcement in Canada falls within provincial competence under one or more of subsections 92(13), (14) or (16) of the Constitution Act, 1867 [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the Constitution Act, 1982, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]] as a matter of: "Property and Civil Rights", "The Administration of Justice" or "a merely local or private Nature". Secondly, and in the alternative, the Act is *ultra vires* because it is overly broad in that it is not limited to matters falling within federal competence. Because of this, it runs afoul of the decision of the Privy Council in *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario [Labour Conventions Case]*, [1937] A.C. 326 (P.C.). Thirdly, and as a corollary to this last argument, while the Parliament of Canada may have legislative competence to enact laws for the recognition and enforcement of foreign arbitral awards, it may only do so by appropriate language that restricts the cause of action to enforcement of awards arising

présumer que le Parlement a légiféré sur les aspects de la Convention qui relèvent de sa compétence. «La navigation et les expéditions par eau» en sont un exemple. Il existe beaucoup de jurisprudence soutenant que le droit maritime relève, dans un sens très large, de la compétence du pouvoir législatif et que les lois qui en découlent sont des «lois du Canada» au sens de l'article 101 de la Loi constitutionnelle de 1867. Le règlement des litiges relatifs aux charte-parties doit être placé sous la rubrique «navigation et expéditions par eau».

Cela veut dire que le Parlement avait la compétence voulue pour donner force de loi à la Convention dans des domaines relevant de son autorité tels que «la navigation et les expéditions par eau» et que la Cour fédérale a compétence parce que le Parlement l'a habilitée à statuer sur des réclamations faites en vertu d'une loi du Canada. [Renvoi omis.]

La portée de la Loi est mise en cause parce qu'elle prétend traiter de l'exécution de «sentences arbitrales étrangères» purement et simplement sans se limiter aux sentences qui sont du ressort de la compétence législative fédérale. L'article 6 prévoit la procédure judiciaire par laquelle il est possible d'obtenir l'exécution de cette sentence. Il porte que:

6. Une demande de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale aux termes de la Convention peut être faite à la Cour fédérale ou à toute cour supérieure, de district ou de comté.

L'appelante soumet trois moyens pour faire déclarer la Loi inconstitutionnelle. En premier lieu, puisqu'une sentence arbitrale étrangère tire son origine d'un contrat, son exécution au Canada relève de la compétence provinciale en vertu de l'un ou l'autre des paragraphes 92(13), (14) ou (16) de la Loi constitutionnelle de 1867 [30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) (mod. par la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la Loi constitutionnelle de 1982, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n°5]], comme matière portant sur: «la propriété et les droits civils», «l'administration de la justice» ou «une nature purement locale ou privée». En deuxième lieu, et subsidiairement, la Loi est inconstitutionnelle en raison de sa portée trop générale, puisqu'elle ne se limite pas aux questions relevant de la compétence fédérale. En conséquence, elle va à l'encontre de la décision du Conseil Privé dans l'affaire *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario [Affaire des conventions du travail]*, [1937] A.C. 326 (P.C.). En troisième lieu, et à titre de corollaire à la dernière prétention, l'appelante soutient que, bien que le Parlement du Canada puisse posséder la compé-

out of matters within federal legislative competence. Such language, it is said, is absent from the Act.

As for the first point, both the respondent and the intervenor submit that not all contracts fall within provincial competence although many clearly do. Other contracts are governed by federal law and the Trial Division may be invested by Parliament with jurisdiction in relation to them. Section 6, they say, is to be read as creating a federal cause of action for the recognition and enforcement of foreign arbitral awards falling within federal legislative competence. This becomes all the more evident, it is contended, when it is seen that the provincial and territorial legislatures at the request of the Government of Canada have enacted corresponding legislation for the recognition and enforcement of awards falling within their respective fields of competence. What they are saying, in effect, is that by adopting the Act Parliament has done no more than honour Canada's federal legislative obligation in Article XI of the Convention.

I am persuaded by these submissions. In my view, Parliament did possess the power to adopt the Act as valid federal legislation for the recognition and enforcement in Canada of foreign arbitral awards having a federal character in a constitutional sense. Questions will no doubt arise in individual cases as to whether a particular award is one whose enforcement falls within the proper ambit of the legislation.

The second attack upon the *vires* of the Act is that it is overly broad given the generality of section 6 and the Convention itself which is for the enforcement of literally any "foreign arbitral award". Section 6, as the appellant points out, is not expressly limited to the recognition and enforcement of awards falling within the federal legislative sphere. The result, it is said, is that Parliament has not done that which the Privy Council required of it in the *Labour Conven-*

tence législative d'adopter des lois visant la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales étrangères, il ne peut le faire que par un libellé approprié qui limite la cause d'action à l'exécution des sentences découlant de matières qui relèvent de sa compétence législative. L'appelante prétend que la Loi n'utilise pas un tel libellé.

En ce qui a trait au premier point, à la fois l'intimée et l'intervenant prétendent que tous les contrats ne relèvent pas de la compétence provinciale, bien que ce soit le cas pour nombre d'entre eux. Certains contrats sont régis par le droit fédéral, et le Parlement peut investir la Section de première instance de la compétence à leur endroit. L'article 6, prétendent-ils, doit être interprété comme créant une cause d'action à caractère fédéral visant la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales étrangères relevant de la compétence législative fédérale. Cette interprétation devient d'autant plus évidente, selon l'intimée et l'intervenant, lorsqu'on voit que, à la demande du Gouvernement du Canada, les législatures provinciales et territoriales ont adopté une législation correspondante qui prévoit la reconnaissance et l'exécution de sentences relevant de leurs domaines de compétence respectifs. En fait, ils prétendent qu'en adoptant la Loi, le Gouvernement n'a fait ni plus ni moins que respecter l'obligation législative fédérale du Canada prévue à l'article XI de la Convention.

Ces observations m'ont convaincu. À mon avis, le Parlement possédait effectivement le pouvoir d'adopter la Loi à titre de législation fédérale valide visant la reconnaissance et l'exécution au Canada de sentences arbitrales étrangères dont la nature est, du point de vue constitutionnel, fédérale. La question se posera sans doute de savoir, lors d'affaires particulières, si l'exécution d'une certaine sentence se situe dans la juste portée de la législation.

En deuxième lieu, on conteste ce que l'on estime être la trop grande portée de la Loi, étant donné la généralité de l'article 6 et de la Convention elle-même, qui prévoit littéralement l'exécution de toute «sentence arbitrale étrangère». L'article 6, comme l'appelante le souligne, ne se restreint pas expressément à la reconnaissance et à l'exécution de sentences se situant dans le cadre législatif fédéral. En conséquence, prétend-on, le Parlement n'a pas res-

tions Case, *supra*, where Lord Atkin stated, at page 352:

It follows from what has been said that no further legislative competence is obtained by the Dominion from its accession to international status, and the consequent increase in the scope of its executive functions. It is true, as pointed out in the judgment of the Chief Justice, that as the executive is now clothed with the powers of making treaties so the Parliament of Canada, to which the executive is responsible, has imposed upon it responsibilities in connection with such treaties, for if it were to disapprove of them they would either not be made or the Ministers would meet their constitutional fate. But this is true of all executive functions in their relation to Parliament. There is no existing constitutional ground for stretching the competence of the Dominion Parliament so that it becomes enlarged to keep pace with enlarged functions of the Dominion executive. If the new functions affect the classes of subjects enumerated in s. 92 legislation to support the new functions is in the competence of the Provincial Legislatures only. If they do not, the competence of the Dominion Legislature is declared by s. 91 and existed ab origine. In other words, the Dominion cannot, merely by making promises to foreign countries, clothe itself with legislative authority inconsistent with the constitution which gave it birth.

The appellant contends that limiting words to the effect that the Act "shall only apply so far as this Parliament has jurisdiction to so enact", were required in order to save it from being declared *ultra vires*.

In my opinion, the Act should not be regarded as overly broad. The Supreme Court of Canada has made it clear that legislation which may, arguably, be *ultra vires* because of its generality is not to be automatically so viewed. In *Di Iorio et al. v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152, Dickson J. (as he then was) stated, at page 200:

It is a well-recognized rule of construction that if words in a statute are fairly susceptible of two constructions of which one will result in the statute being *intra vires* and the other will have the contrary result the former is to be adopted: *McKay et al. v. The Queen* ([1965] S.C.R. 798), at p. 804. We should not lightly decide that enabling legislation is beyond the constitutional competence of the enacting body.

This same principle was re-stated by Beetz J. in *Canadian Broadcasting Corporation et al. v. Quebec*

pecté les exigences énoncées par le Conseil privé dans l'*Affaire des conventions du travail*, précitée, dans laquelle lord Atkin a dit, à la page 352:

[TRADUCTION] De ce qui précède, il faut conclure que son nouveau statut international, et les attributions exécutives plus étendues qui en découlent, ne confèrent pas au Dominion une plus vaste compétence législative. Il est vrai, comme l'a noté le juge en chef dans ses motifs, que l'Exécutif est maintenant revêtu du pouvoir de conclure des traités; d'autre part, le Parlement du Canada, envers lequel il est responsable, le rend comptable de ces traités. Si le Parlement n'en veut pas, ils ne pourraient être faits ou alors les ministres subiraient le sort prévu par la Constitution. Mais cela est vrai de toutes les attributions de l'Exécutif par rapport au Parlement. Rien dans la Constitution actuelle ne permet d'étendre la compétence du Parlement du Dominion jusqu'au point où elle irait de pair avec l'extension des attributions de l'Exécutif du Dominion. Si les nouvelles attributions portent sur les catégories de sujets énumérés à l'article 92, la législation les appuyant relève uniquement des législatures provinciales. Dans le cas contraire, la compétence de la législature du Dominion est définie à l'article 91 et elle existait au départ. En d'autres termes, le Dominion ne peut par de simples promesses à des pays étrangers se revêtir d'une autorité législative incompatible avec la Constitution à laquelle il doit son existence.

L'appelant soutient que, pour éviter que la Loi soit déclarée inconstitutionnelle, il fallait restreindre la portée du texte de façon à ce que la Loi ne s'«applique que dans la mesure où ce Parlement a compétence pour l'adopter».

À mon avis, on ne devrait pas considérer la Loi trop générale. La Cour suprême du Canada a clairement affirmé qu'une législation susceptible, pourrait-on avancer, d'être inconstitutionnelle en raison de la généralité de ses termes ne doit pas être automatiquement vue comme telle. Dans l'affaire *Di Iorio et autre c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152, le juge Dickson (tel était alors son titre) a dit, à la page 200:

C'est un principe bien reconnu d'interprétation que si un texte d'une loi est également susceptible de deux interprétations, dont l'une aurait pour effet de rendre la loi *intra vires* et l'autre de la rendre invalide, la première doit prévaloir: *McKay et al. c. La Reine* ([1965] R.C.S. 798), à la p. 804. Il ne faut pas décider à la légère qu'une loi autorisant des décisions administratives dépasse la compétence constitutionnelle du corps législatif qui l'a adoptée.

Le juge Beetz a de nouveau énoncé le même principe dans l'affaire *Société Radio-Canada et autre c. Com-*

Police Commission, [1979] 2 S.C.R. 618, at page 641. His words are most instructive. He said:

Many statutes are drafted in terms so general that it is possible to give them a meaning which makes them *ultra vires*. It is then necessary to interpret them in light of the Constitution, because it must be assumed the legislator did not intend to exceed his authority:

There is a *presumptio juris* as to the existence of the *bona fide* intention of a legislative body to confine itself to its own sphere and a presumption of similar nature that general words in a statute are not intended to extend its operation beyond the territorial authority of the Legislature.

(Fauteux J.—as he then was—in *Reference re The Farm Products Marketing Act* ([1957] S.C.R. 198), at p. 255.)

In order to give effect to this principle a court may, in keeping with the Constitution, limit the apparently general scope of an enactment, even when the constitutionality of the provision has not been disputed and the Attorney General has not been impleaded. That is what this Court did in *McKay v. The Queen* ([1965] S.C.R. 798).

I am satisfied that this principle applies to the case at bar. Express language for limiting the operation of the Act was not necessary in the circumstances.

The appellant does not seriously contend that Parliament cannot provide by legislation for the enforcement of an award of the kind made May 24, 1985. I myself have no difficulty in this regard. Nevertheless, I should add here a few words on why it is that I am of this view. That award, as we have seen, was made pursuant to a clause in a charterparty agreement. The parties chose to provide in that agreement for resolution of disputes by binding arbitration in London pursuant to clause 10. A submission to arbitration was made by the respondent when the claim for demurrage was not settled within the 60-day time limit provided for in clause 17.

It is important to bear in mind the nature of an arbitration award at common law. In *Doleman & Sons v. Ossett Corporation*, [1912] 3 K.B. 257 (C.A.), at page 267, Fletcher Moulton L.J., had this to say in that connection:

A complainant by taking out a writ can cause his opponent to be ordered to appear before the Court, and the parties must

mission de police du Québec, [1979] 2 R.C.S. 618, à la page 641. Ses mots sont des plus révélateurs. Il a dit:

Bien des lois sont rédigées en termes si généraux qu'il est possible de leur donner un sens qui les rende *ultra vires*. Il importe alors de les interpréter à la lumière de la Constitution parce que l'on doit présumer que le législateur n'a pas voulu excéder sa compétence:

[TRADUCTION] Il existe une présomption *de juris* quant à l'existence de l'intention véritable d'un organisme législatif d'agir dans les limites de sa compétence et une présomption semblable que les termes généraux employés dans une loi n'ont pas pour effet d'étendre son application au-delà de la compétence territoriale de la législature.

(Le juge Fauteux,—il n'était pas encore juge en chef—dans *Renvoi re The Farm Products Marketing Act* ([1957] R.C.S. 198), à la p. 255.)

Pour mettre ce principe en œuvre, une cour peut, au nom de la Constitution, restreindre la portée apparemment générale d'une disposition et ce, même lorsque la constitutionnalité de la disposition n'a pas été attaquée et que le procureur général n'a pas été mis en cause. C'est ce que cette Cour a fait dans *McKay c. La Reine* ([1965] R.C.S. 798).

Je crois que ce principe s'applique à l'affaire en l'espèce. En l'occurrence, il n'était pas nécessaire d'utiliser des termes explicites pour restreindre l'application de la Loi.

L'appelante ne prétend pas sérieusement que le Parlement ne peut prévoir, dans une loi, l'exécution d'une sentence de la nature de celle rendue le 24 mai 1985. Je n'éprouve aucune difficulté à cet égard. Néanmoins, je devrais, en quelques mots, faire connaître les motifs qui appuient mon opinion. Cette sentence, comme nous l'avons vu, a été rendue conformément à une clause d'une charte-partie. Les parties ont choisi de prévoir, à la clause 10 de cette entente, le règlement des conflits par une procédure d'arbitrage obligatoire, tenue à Londres. L'intimée a eu recours à l'arbitrage parce que la demande en recouvrement des droits de surestaries n'a pas été réglée dans la limite des soixante jours prévue à la clause 17.

Il est important de garder à l'esprit la nature d'une sentence arbitrale en common law. Dans l'affaire *Doleman & Sons v. Ossett Corporation*, [1912] 3 K.B. 257 (C.A.), à la page 267, le lord juge Fletcher Moulton s'est ainsi exprimé sur ce sujet:

[TRADUCTION] Le plaignant peut, au moyen d'un bref, obliger la partie opposée à comparaître devant la Cour dont la décision

accept its decision. But it has long been a practice in certain classes of contracts for the contracting parties to name a private tribunal to whom contractually they give authority to settle disputes under that particular contract. If a dispute has been brought before the private tribunal thus constituted, and an award made, that award is binding on both parties and concludes them as to that dispute. In effect the parties have agreed that the rights of the parties in respect of that dispute shall be as stated in the award, so that in essence it partakes of the character of "accord and satisfaction by substituted agreement." The original rights of the parties have disappeared, and their place has been taken by their rights under the award.

Such an award is not, of course, self-executing. Clause 17 of the charterparty provides no mechanism for collecting the award. On the other hand, the courts have had no difficulty in finding that parties to an arbitration submission impliedly agree to honour an award and that this agreement affords a foundation for enforcing the award in the ordinary courts. The award coupled with the implied promise to pay it creates a fresh cause of action. This was recognized in *Bloemen (F.J.) Pty. Ltd. v. City of Gold Coast Council*, [1973] A.C. 115 (P.C.), where Lord Pearson stated, at page 126:

It is true—as the cases above referred to show—that when an arbitrator fixes a sum to be paid by one party to the submission by way of damages for breach of contract the award creates a fresh cause of action superseding that arising out of the breach.

The same view was expressed in *Agromet Motoimport v. Maulden Engineering Co. (Beds.) Ltd.*, [1985] 1 W.L.R. 762 (Q.B.D.). Otton J. discussed the effect of an arbitral award in the light of the decided cases, and then added, at page 772:

In my judgment, the action on the award and the action to enforce an award is an independent cause of action. It is distinct from and in no way entangled with the original contract or the breach occurring from it, as reflected in the award. I have come to the conclusion that there is nothing repugnant in implying such a term into the contract . . . In my view, therefore, there is such an implied term that an award will be honoured when it is made. That implied term is, of course, in the original agreement . . . and the implied term continues, that if the award is not honoured, there is then a breach of that implied term . . .

See also Mustill and Boyd, *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England* (London, 1982),

lie les parties. Il existe cependant une pratique ancienne selon laquelle, pour certaines catégories de contrats, les parties contractantes nomment un tribunal privé auquel elles donnent, par contrat, le pouvoir de régler des conflits découlant du contrat en cause. Lorsqu'un conflit est soumis à un tribunal privé ainsi constitué et qu'une sentence est rendue, celle-ci lie alors les deux parties et tranche, quant à elles, le conflit. En fait, les parties ont convenu que leurs droits à l'égard de ce conflit sont ceux établis par la sentence, et qu'essentiellement, celle-ci prend alors la nature d'une «dation en paiement aux termes d'une nouvelle convention.» Les droits originaux des parties sont anéantis, et la sentence leur en attribue de nouveaux.

Une telle sentence ne peut, de toute évidence, s'exécuter d'elle-même. La clause 17 de la charte-partie ne prévoit aucune procédure visant à faire valoir la sentence. Toutefois, les tribunaux n'ont jusqu'à présent éprouvé aucune difficulté à conclure que les parties à une procédure d'arbitrage conviennent implicitement de respecter la sentence et que cet acquiescement fournit les assises d'une action en exécution de la sentence devant les tribunaux communs. La sentence, jointe à la promesse implicite de la payer, crée une nouvelle cause d'action. Lord Pearson, dans l'affaire *Bloemen (F.J.) Pty. Ltd. v. City of Gold Coast Council*, [1973] A.C. 115 (P.C.), a reconnu ce principe à la page 126:

[TRADUCTION] Il est vrai—comme les affaires précitées le démontrent—que lorsqu'un arbitre fixe un montant à payer par une partie ayant soumis le conflit à l'arbitrage, montant qui représente des dommages-intérêts pour violation de contrat, la sentence crée une nouvelle cause d'action qui se substitue à celle qui découle de la violation du contrat.

Le juge Otton a exprimé la même opinion dans l'affaire *Agromet Motoimport v. Maulden Engineering Co. (Beds.) Ltd.*, [1985] 1 W.L.R. 762 (Q.B.D.) dans laquelle il a analysé l'effet d'une sentence arbitrale en fonction de la jurisprudence et où il a déclaré, à la page 772:

[TRADUCTION] À mon avis, l'action concernant une sentence et l'action visant à exécuter cette sentence ont des causes d'action distinctes. Celle de la seconde est différente et n'est en aucune façon liée au contrat original ni à sa violation, constatée par la sentence. J'en suis venu à la conclusion qu'il n'y a rien de répugnant à supposer l'existence d'une telle condition au contrat . . . À mon avis, il est donc entendu implicitement que la sentence rendue sera respectée. Cette condition implicite fait partie, évidemment, de l'entente originale . . . et elle continue d'exister si la sentence n'est pas respectée; il y a alors violation de cette condition implicite . . .

Voir également Mustill and Boyd, *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England* (Londres,

at pages 568-569; Walton and Victoria, *Russell on the Law of Arbitration*, 20th ed., (London, 1982), at pages 357-358; 382-385.

It is well established that Parliament possesses a broad power in respect of "Navigation and Shipping" under subsection 91(10) of the *Constitution Act, 1867*: *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273. As was pointed out by La Forest J. in that case, when a court is called upon to determine whether impugned provisions are in pith and substance legislation in respect of the body of uniform federal law known as "Canadian maritime law" it is to have regard to the decided cases dealing with the scope and content of the Trial Division's jurisdiction in respect of maritime and admiralty matters. In the course of his judgment, La Forest J. was at pains to point out that such cases have a bearing on the scope of Parliament's legislative jurisdiction over navigation and shipping. At pages 1289-1290 he stated:

On the contrary, it must be remembered that the inquiry as to the validity and scope of the jurisdiction over maritime and admiralty matters granted to the Federal Court by s. 22 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, has been conducted, in accordance with this Court's decisions in *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 1054, and *McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654, with reference to s. 101 of what is now the *Constitution Act, 1867*. That provision provides for the establishment by Parliament of a "General Court of Appeal for Canada, and for the Establishment of any additional Courts for the better Administration of the Laws of Canada". As pointed out by Laskin C.J. in *Quebec North Shore Paper Co.* and *McNamara* (at pp. 1065-66 and p. 658 respectively), these words mean that a grant of jurisdiction to the Federal Court (or to any other court created under s. 101) will only be valid and effective if some "applicable and existing federal law" is necessary to its exercise. Put the other way round, s. 101 requires that any jurisdiction granted to the Federal Court be supported or nourished by an existing body of law that is subject to Parliament's legislative jurisdiction.

In the case of the Federal Court's jurisdiction over maritime and admiralty matters, that body of law is referred to in s. 22 of the *Federal Court Act* as "Canadian maritime law". As already explained, this Court has ruled that such a body of law does exist. It has also found that it is federal law that comes within Parliament's power to legislate in respect of navigation and shipping under s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867*: see *ITO*, at p. 777. It follows that an inquiry as to the scope and substantive content of the Federal Court's jurisdiction over

1982), aux pages 568 et 569; Walton and Victoria, *Russell on the Law of Arbitration*, 20^e éd., (Londres, 1982), aux pages 357 et 358, et 382 à 385.

Il est bien reconnu que le Parlement possède un vaste pouvoir en matière de «navigation et bâtiments ou navires» en vertu du paragraphe 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*: *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273. Comme le juge La Forest l'a souligné dans cette affaire, lorsqu'un tribunal est appelé à décider si, par leur caractère véritable, les dispositions attaquées constituent une législation portant sur l'ensemble de règles de droit fédérales uniformes appelé le «droit maritime canadien», il doit considérer la jurisprudence qui étudie la portée et le contenu de la compétence conférée à la Section de première instance en matière maritime et d'amirauté. Dans son jugement, le juge La Forest a pris soin de souligner que ces affaires avaient une conséquence sur la portée de la compétence législative du Parlement relativement à la navigation et aux bâtiments et navires. Aux pages 1289 et 1290, il a dit:

Au contraire, il ne faut pas oublier que l'examen de la validité et de l'étendue de la compétence relative aux questions maritimes et d'amirauté conférée à la Cour fédérale par l'art. 22 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e suppl.), ch. 10, a été effectué, conformément aux arrêts de notre Cour *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Liée*, [1977] 2 R.C.S. 1054, et *McNamara Construction (Western) Ltd. c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654, en fonction de l'art. 101 de ce qui est maintenant la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cette disposition prévoit que le Parlement pourra créer une «cour générale d'appel pour le Canada, [et établir] d'autres tribunaux pour assurer la meilleure exécution des lois du Canada». Comme l'a fait remarquer le juge en chef Laskin dans les arrêts *Quebec North Shore Paper Co.* et *McNamara* (aux pp. 1065 et 1066, et à la p. 658, respectivement), cela signifie que l'attribution d'une compétence à la Cour fédérale (ou à tout autre tribunal créé en application de l'art. 101) ne sera valide et ne produira des effets que s'il existe «une législation fédérale applicable» nécessaire à son exercice. Autrement dit, l'art. 101 exige que toute compétence accordée à la Cour fédérale soit appuyée ou fondée sur un ensemble de règles de droit assujetties à la compétence législative du Parlement.

Quant à la compétence de la Cour fédérale sur les questions maritimes et d'amirauté, cet ensemble de règles de droit est mentionné à l'art. 22 de la *Loi sur la Cour fédérale* comme étant le «droit maritime canadien». Comme je l'ai déjà expliqué, notre Cour a décidé qu'un tel ensemble de règles de droit existait bel et bien. Elle a aussi conclu qu'il s'agissait de règles de droit fédérales relevant de la compétence législative du Parlement en matière de navigation et d'expédition par eau qui est visée au par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*;

Canadian maritime law is simultaneously an inquiry as to the scope and content of an important aspect of Parliament's exclusive jurisdiction over navigation and shipping.

The definition of "Canadian maritime law" in section 2 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] reads:

2. . . .

"Canadian maritime law" means the law that was administered by the Exchequer Court of Canada on its Admiralty side by virtue of the *Admiralty Act*, chapter A-1 of the Revised Statutes of Canada, 1970, or any other statute, or that would have been so administered if that Court had had, on its Admiralty side, unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters, as that law has been altered by this Act or any other Act of Parliament.

Its content has been the subject of several recent decisions of the Supreme Court of Canada: *Tropwood A.G. et al. v. Sivaco Wire & Nail Co. et al.*, [1979] 2 S.C.R. 157; *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752; *Monk Corp. v. Island Fertilizers, Ltd.* [1991] 1 S.C.R. 779. In *Monk, supra*, Iacobucci J. speaking for a majority, summarized the reasons and conclusions of McIntyre J. in *ITO, supra*, in so far as they are relevant to the present discussion, at page 795 as follows:

(1) The second part of the s. 2 definition of Canadian maritime law provides an unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters which should not be historically confined or frozen, and "maritime" and "admiralty" should be interpreted within the modern context of commerce and shipping.

(2) Canadian maritime law is limited only by the constitutional division of powers in the *Constitution Act, 1867*, such that, in determining whether or not any particular case involves a maritime or admiralty matter, encroachment on what is in pith and substance a matter falling within section 92 of the *Constitution Act* is to be avoided.

(3) The test for determining whether the subject matter under consideration is within maritime law requires a finding that the subject matter is so integrally connected to maritime matters as to be legitimate Canadian maritime law within federal competence.

The maritime and admiralty law of Canada, though in many respects traditional and of ancient origins, is not to be cribbed and confined to the law which was

voir *ITO*, à la p. 777. Par conséquent, un examen de la portée et du contenu quant au fond de la compétence de la Cour fédérale en matière de droit maritime canadien constitue aussi un examen de la portée et du contenu d'un aspect important de la compétence exclusive du Parlement sur la navigation et les expéditions par eau.

La définition de «droit maritime canadien» figure à l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7] ainsi libellé:

2. . . .

«droit maritime canadien» Droit—compte tenu des modifications y apportées par la présente loi ou par toute autre loi fédérale—dont l'application relevait de la Cour de l'Échiquier du Canada, en sa qualité de juridiction de l'Amirauté, aux termes de la *Loi sur l'Amirauté*, chapitre A-1 des Statuts révisés du Canada de 1970, ou de toute autre loi, ou qui en aurait relevé si ce tribunal avait eu, en cette qualité, compétence illimitée en matière maritime et d'amirauté.

Son contenu a été l'objet de plusieurs décisions récentes rendues par la Cour suprême du Canada: *Tropwood A.G. et autres c. Sivaco Wire & Nail Co. et autres*, [1979] 2 R.C.S. 157; *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752; *Monk Corp. c. Island Fertilizers Ltd.*, [1991] 1 R.C.S. 779. Dans l'affaire *Monk*, précitée, le juge Iacobucci, s'exprimant au nom de la majorité, a ainsi résumé les motifs et les conclusions du juge McIntyre dans l'affaire *ITO*, précitée, dans la mesure où ils sont pertinents au présent débat, à la page 795:

(1) La seconde partie de la définition du droit maritime canadien à l'article 2 prévoit une compétence illimitée en matière maritime et d'amirauté, qu'une méthode historique ne saurait autoriser à limiter ni à figer; au contraire, les termes «maritime» et «amirauté» doivent être interprétés dans le contexte moderne du commerce et des expéditions par eau.

(2) Le droit maritime canadien n'est limité que par le partage constitutionnel des compétences établi par la *Loi constitutionnelle de 1867*, de sorte qu'en déterminant si une affaire donnée soulève une question maritime ou d'amirauté, on doit éviter d'empiéter sur ce qui constitue, de par son caractère véritable, une matière relevant de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle*.

(3) Le critère permettant d'établir si la question examinée relève du droit maritime exige de conclure que cette question est entièrement liée aux affaires maritimes au point de constituer légitimement du droit maritime canadien qui relève de la compétence législative fédérale.

Le droit maritime et d'amirauté du Canada, bien que traditionnel et archaïque sous de nombreux aspects, ne doit pas être enfermé ni limité au droit

administered by the Exchequer Court of Canada on its Admiralty side and which is recognized in the first part of the "Canadian maritime law" definition but, as the second part of that definition indicates, it has potential for growth albeit within acknowledged constitutional constraints. This was recognized in *ITO*, *supra*, and was the subject of the following additional observations of Iacobucci J. in *Monk*, *supra*, at pages 800-801:

Finally, I would say that the claims of *Monk* are maritime in character and are not in any way an encroachment of what is in pith and substance a matter falling within s. 92 of the *Constitution Act, 1867*

I should also like to add that the approach I have taken in this matter corresponds with McIntyre J.'s urging that the terms "maritime" and "admiralty" should be interpreted within the modern context of commerce and shipping and should not be static or frozen. Such terms should rather be capable of adjusting to evolving circumstances unencumbered by rigid doctrinal categorization and historical straightjackets.

It thus seems to me to be entirely proper for a court, faced with determining whether an award may be recognized and enforced in accordance with the Act, to have regard to its origin in a charterparty agreement, an undoubted maritime contract, and to the underlying claim for demurrage, an undoubted maritime claim, for it is that agreement and that claim which allows for the award to be made and it is the existence of the award which opens the way to its enforcement by legal action.

In my opinion, the creation of a cause of action for the recognition and enforcement of the foreign arbitral award in issue, arising as it does from a breach of the charterparty agreement for payment of demurrage, is a maritime matter or is so integrally connected to a maritime matter as to be legitimate Canadian maritime law. The award derives indirectly from the charterparty, and amounts, in reality, to a finding of validity and proper quantification of the demurrage claim. If that agreement had not called for submission to arbitration, the respondent would have been entitled to sue on the original claim in the Trial Division which, as we shall see, has been invested with express jurisdiction over claims of that kind. So too

dont l'application relevait de la Cour de l'Échiquier du Canada, en sa qualité de juridiction de l'Amirauté, et reconnu dans la première partie de la définition de «droit maritime canadien»; comme l'indique la deuxième partie de la définition, il est susceptible d'extension, bien que cette dernière doive s'opérer dans les limites des contraintes constitutionnelles reconnues. C'est ce qu'on a décidé dans l'affaire *ITO*, précitée, et le juge Iacobucci a formulé, à ce sujet, les observations supplémentaires suivantes dans l'affaire *Monk*, précitée, aux pages 800 et 801:

Finalemt, je dirais que les demandes de *Monk* ont un caractère maritime et qu'elles n'empiètent d'aucune façon sur ce qui constitue, «de par son caractère véritable», une matière qui relève de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*

Je tiens aussi à ajouter que ma façon d'aborder cette question est en harmonie avec le point de vue du juge McIntyre lorsqu'il dit que les termes «maritime» et «amirauté» doivent être interprétés dans le contexte moderne du commerce et des expéditions par eau, et qu'ils ne doivent pas être statiques ou figés. On devrait plutôt pourvoir adapter ces termes selon l'évolution des circonstances sans être prisonniers du carcan des classifications doctrinales rigides ou des limites historiques excessives.

Il me semble par conséquent tout à fait approprié pour un tribunal qui doit décider si une sentence peut être reconnue et exécutée en conformité avec la Loi, de tenir compte de son origine dans la charte-partie, un contrat sans aucun doute maritime, et de la demande sous-jacente de recouvrement de droits de surestaries, une demande sans contredit maritime, puisque cette entente et cette demande permettent de rendre une sentence, et c'est l'existence de la sentence qui ouvre la voie à son exécution par procédure judiciaire.

À mon avis, la création d'une cause d'action visant la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale étrangère en litige, découlant comme elle le fait de la violation de la charte-partie relativement au paiement des droits de surestaries, est une matière maritime ou si étroitement liée aux affaires maritimes qu'elle constitue légitimement du droit maritime canadien. La sentence découle indirectement de la charte-partie et se résume, en réalité, à une conclusion reconnaissant la validité et le montant approprié de la demande de droits de surestaries. Si cette entente n'avait pas prévu le recours à l'arbitrage, l'intimée aurait été en droit d'intenter des poursuites sur le fondement de la demande originale devant la Section de

would the appellant be entitled to sue in the Trial Division were the shoe on the other foot, in respect of, say, a claim for despatch. Indeed, an arbitration clause *per se* does not oust the jurisdiction of the Trial Division although it does provide a basis, in the interests of justice, for staying an action brought in contravention of it: *Seapearl (The Ship M/V) v. Seven Seas Dry Cargo Shipping Corporation of Santiago, Chile*, [1983] 2 F.C. 161 (C.A.). In my view, enforcement of the present award falls within federal legislative competence over navigation and shipping.

I am similarly of the view that Parliament had competence to invest the Trial Division with jurisdiction to entertain this cause of action. In *Eurobulk Ltd. v. Wood Preservation Industries*, [1980] 2 F.C. 245 (T.D.), it was held that jurisdiction existed in the Trial Division to enforce a foreign arbitral award made pursuant to a charterparty agreement. See also *Atlantic Lines & Navigation Co. Inc. v. Didymi (The)*, [1988] 1 F.C. 3 (C.A.). In *ITO*, *supra*, the Supreme Court of Canada summarized the three requirements for the existence of jurisdiction in the Trial Division of this Court. Speaking for the Court, McIntyre J. stated, at page 766, that to support such jurisdiction,

1. There must be a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament.
2. There must be an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction.
3. The law on which the case is based must be "a law of Canada" as that phrase is used in s. 101 of the *Constitution Act, 1867*.

These requirements, in my view, are satisfied in the case at bar. The statutory grant of jurisdiction by the Parliament of Canada is found in section 6 of the Act and in paragraph 22(2)(i) of the *Federal Court Act*, which reads:

22. . . .

première instance qui, comme nous le verrons, a été investie de la compétence explicite de connaître des demandes de cette nature. L'appelante, d'un point de vue opposé, aurait également été en droit d'intenter devant la même Cour une action en réclamation pour diligence. En effet, une clause compromissoire en soi ne prive pas la Section de première instance de sa compétence, bien qu'elle crée effectivement un fondement, dans l'intérêt de la justice, permettant de suspendre une action instruite contrairement à cette clause: *Seapearl (Navire M/V) c. Seven Seas Dry Cargo Shipping Corporation de Santiago (Chili)*, [1983] 2 C.F. 161 (C.A.). À mon avis, l'exécution de la présente sentence relève de la compétence législative fédérale en matière de navigation et de bâtiments ou navires.

Je suis également d'avis qu'il était du ressort du Parlement de conférer à la Section de première instance la compétence de connaître de cette cause d'action. Dans l'affaire *Eurobulk Ltd. c. Wood Preservation Industries*, [1980] 2 C.F. 245 (1^{re} inst.), on a conclu que la Section de première instance avait compétence pour rendre exécutoire une sentence arbitrale prononcée à l'étranger conformément à une charte-partie. Voir aussi l'affaire *Atlantic Lines & Navigation Co. Inc. c. Didymi (Le)*, [1988] 1 C.F. 3 (C.A.). Dans l'arrêt *ITO*, précité, la Cour suprême du Canada a résumé les trois conditions nécessaires à l'existence de la compétence de la Section de première instance de cette Cour. S'exprimant au nom de la Cour, le juge McIntyre a, à la page 766, déclaré que, pour pouvoir conclure à cette compétence:

1. Il doit y avoir attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral.
2. Il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l'attribution légale de compétence.
3. La loi invoquée dans l'affaire doit être «une loi du Canada» au sens où cette expression est employée à l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

À mon avis, ces exigences sont respectées en l'espèce. L'attribution de la compétence par une loi du Parlement du Canada se trouve à l'article 6 de la Loi et à l'alinéa 22(2)(i) de la *Loi sur la Cour fédérale*, ainsi libellé:

22. . . .

(2) Without limiting the generality of subsection (1), it is hereby declared for greater certainty that the Trial Division has jurisdiction with respect to any one or more of the following:

(i) any claim arising out of any agreement relating to the carriage of goods in or on a ship or to the use or hire of a ship whether by charter party or otherwise;

The existing body of federal law essential to the disposition of the case and nourishing the jurisdiction is found in Canadian maritime law. That law is "a law of Canada". To repeat, I have no doubt that the kind of award with which we are here concerned falls within "Canadian maritime law" as this term is now understood, and that such law rests on the legislative competence of Parliament under subsection 91(10) of the *Constitution Act, 1867*.

In my opinion, the constitutional question should be answered in the negative.

The final issue arises from the learned Motion Judge's answer to question (b). The appellant contends that it was an error for the Judge to have held that the time limitation for bringing the action in the Trial Division is not governed by the laws of England. Alternatively, it is argued that the action is time barred by the laws of Canada.

Section 7 of the *Limitations Act 1980, 1980, c. 58 (U.K.)* is relied on by the appellant as laying down the applicable limitation period. It reads:

7. An action to enforce an award, where the submission is not by an instrument under seal, shall not be brought after the expiration of six years from the date on which the cause of action accrued.

The learned Motions Judge was of the opinion that Canadian law rather than English law governs. At page 141, he stated:

It is well-established in both Canada and English law that limitation statutes of this nature are procedural in character and the relevant provisions are those of the *lex fori*. Thus Canadian law governs the matter of the limitation period applicable to an action in a Canadian court to enforce an award. [Footnotes omitted.]

I respectfully agree with this view. The foreign arbitral award, as I have already stated, gave rise to a fresh cause of action which may be asserted in the Trial Division. Even if the U.K. statute applied, it

(2) Il demeure entendu que, sans préjudice de la portée générale du paragraphe (1), la Section de première instance a compétence dans les cas suivants:

i) une demande fondée sur une convention relative au transport de marchandises à bord d'un navire, à l'usage ou au louage d'un navire, notamment par charte-partie;

Le droit maritime canadien renferme l'ensemble actuel de règles de droit fédérales essentielles à la résolution de l'affaire et qui constitue le fondement de l'attribution de compétence. Ces lois sont des «lois du Canada». Je le répète, je suis convaincu que le genre de sentence en cause en l'espèce relève du «droit maritime canadien», tel que nous le connaissons aujourd'hui, et que ce droit relève de la compétence législative du Parlement en vertu du paragraphe 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

À mon avis, la question constitutionnelle doit recevoir une réponse négative.

Le dernier point en litige découle de la réponse du juge des requêtes à la question b). L'appelante soutient que le juge a commis une erreur en concluant que le délai dans lequel il faut instruire l'action devant la Section de première instance n'est pas régi par les lois de l'Angleterre. Subsidiairement, elle prétend que l'action est prescrite en vertu des lois du Canada.

L'appelante s'appuie sur l'article 7 de la *Limitations Act 1980, 1980, chap. 58 (R.-U.)* pour établir le délai de prescription applicable. Il porte que:

[TRADUCTION] 7. Une action visant l'exécution d'une sentence, lorsque le compromis n'est pas un acte revêtu d'un sceau, doit être intentée dans un délai de six ans à compter de la date où le fait générateur du litige est survenu.

Selon le juge des requêtes, le droit canadien, et non le droit anglais, régit cette question. À la page 141, il a dit:

Le droit canadien et le droit anglais prévoient clairement que les lois de ce genre en matière de prescription sont de nature procédurale et que les dispositions pertinentes sont celles de la *lex fori*. Ainsi, le droit canadien régit la question relative au délai de prescription applicable à une action en exécution de sentence intentée devant un tribunal canadien. [Renvois omis.]

Je suis respectueusement d'accord avec cette opinion. Je l'ai déjà mentionné, la sentence arbitrale étrangère a créé une nouvelle cause d'action qu'il est possible de faire valoir devant la Section de première

provides a limitation for bringing an action to enforce an award. But no such award can exist until after it is made. It is only then that it may be enforced in the courts.

Counsel submits, in the alternative, that the matter of limitation is governed by the provisions of subsection 39(2) of the *Federal Court Act*, which reads:

39. . . .

(2) A proceeding in the Court in respect of a cause of action arising otherwise than in a province shall be taken within six years after the cause of action arose.

In my view, the "cause of action arose" on the date of the award, May 24, 1985, at the earliest. The action in the Trial Division was instituted well within the six-year limitation period prescribed by the subsection.

In summary, I would answer the constitutional question in the negative, confirm the answers given by the order of the Trial Division made June 12, 1989, and dismiss this appeal with costs to the respondent. As the intervenor does not seek costs, none should be allowed.

HEALD J.A.: I agree.

MAHONEY J.A.: I agree.

instance. Même si la loi anglaise s'appliquait, elle prévoit un délai pour intenter une action en exécution d'une sentence. Mais une telle sentence n'existe qu'après avoir été rendue. Alors seulement peut-on demander son exécution devant les tribunaux.

Les avocats soutiennent, subsidiairement, que la question de prescription est régie par les dispositions du paragraphe 39(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*, ainsi libellé:

39. . . .

(2) Le délai de prescription est de six ans à compter du fait générateur lorsque celui-ci n'est pas survenu dans une province.

À mon avis, le «fait générateur [est] survenu» au plus tôt le 24 mai 1985, jour où la sentence a été rendue. L'action a été intentée devant la Section de première instance bien avant que le délai de prescription de six ans prévu au paragraphe ne soit écoulé.

En résumé, je répondrais négativement à la question constitutionnelle, je confirmerais les réponses données dans l'ordonnance rendue par la Section de première instance le 12 juin 1989, et je rejetterais le présent appel avec dépens en faveur de l'intimée. Comme l'intervenant ne demande aucuns frais, aucuns ne lui seront adjugés.

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

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

Her Majesty the Queen (*Plaintiff*) T-787-88 Sa Majesté la Reine (*demanderesse*) T-787-88

v.

c.

ICHI Canada Ltd. (*Defendant*)

a

ICHI Canada Ltd. (*défenderesse*)

INDEXED AS: CANADA v. ICHI CANADA LTD. (T.D.)

RÉPERTORIÉ: CANADA c. ICHI CANADA LTD. (1^{re} INST.)

Trial Division, Reed J.—Vancouver, September 16 and 19, 1991.

b

Section de première instance, juge Reed—Vancouver, 16 et 19 septembre 1991.

Practice — Discovery — Examination for discovery — B.C.C.A. decision holding no implied undertaking to use information obtained at discovery only for purposes of that litigation, not followed — Implied undertaking restricting use of information applies to Federal Court discovery process — Unlike situation in U.S.A., discovery materials not part of public record until filed with Court — Implied undertaking reducing number of pre-trial motions — Not leading to excessive litigation — Case law of other jurisdictions (U.K., Saskatchewan, Ontario, Alberta and New Brunswick) where implied undertaking existing, persuasive — Implied undertaking neither restricting use of information subsequently made part of public record nor affecting use of information obtained on discovery which could have been obtained from other sources — Party may apply for release from implied undertakings in collateral litigation.

c

d

e

f

Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Interrogatoire préalable — Une décision par laquelle la Cour d'appel de la C.-B. a statué qu'il n'y avait pas d'engagement implicite à n'utiliser les renseignements obtenus pendant l'interrogatoire préalable qu'aux fins de l'instance n'a pas été suivie — L'engagement implicite limitant l'utilisation des renseignements s'applique aux interrogatoires préalables devant la Cour fédérale — Contrairement à ce qui se produit aux États-Unis, les documents obtenus dans le cadre de l'interrogatoire préalable ne font pas partie du dossier public tant qu'ils ne sont pas déposés devant la Cour — L'engagement implicite réduit le nombre de requêtes préalables au procès — Cela n'entraîne pas la multiplication des litiges — La jurisprudence établie en d'autres endroits (R.-U., Saskatchewan, Ontario, Alberta et Nouveau-Brunswick), selon laquelle un engagement implicite existe, est convaincante — L'engagement implicite ne limite pas l'utilisation des renseignements qui font subséquemment partie du domaine public et n'influe pas sur l'utilisation des renseignements obtenus pendant l'interrogatoire préalable qui auraient pu être obtenus d'autres sources — La partie peut demander, dans une instance connexe, à être relevée d'un engagement implicite.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 5.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

NOT FOLLOWED:

Kyuquot Logging Ltd. v. British Columbia Forest Products Ltd. et al. (1986), 30 D.L.R. (4th) 65; [1986] 5 W.W.R. 481; 5 B.C.L.R. (2d) 1; 15 C.P.C. (2d) 52; 12 C.P.R. (3d) 347 (C.A.); *Harman v. Secretary of State for the Home Department*, [1983] 1 A.C. 280; [1982] 1 All E.R. 532 (H.L.).

CONSIDERED:

Williams v. Prince of Wales' Life, & Company (1857), 23 Beav. 338; 53 E.R. 133 (Rolls Ct.); *Reynolds v. Godlee* (1858), 4 K. & J. 88; 70 E.R. 37 (Vice-Chancellor's Ct.); *Tagg v. South Devon Railway Company* (1849), 12 Beav. 151; 50 E.R. 1017 (Rolls Ct.).

LOIS ET RÈGLEMENTS

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 5.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS NON SUIVIES:

Kyuquot Logging Ltd. v. British Columbia Forest Products Ltd. et al. (1986), 30 D.L.R. (4th) 65; [1986] 5 W.W.R. 481; 5 B.C.L.R. (2d) 1; 15 C.P.C. (2d) 52; 12 C.P.R. (3d) 347 (C.A.); *Harman v. Secretary of State for the Home Department*, [1983] 1 A.C. 280; [1982] 1 All E.R. 532 (H.L.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Williams v. Prince of Wales' Life, & Company (1857), 23 Beav. 338; 53 E.R. 133 (Rolls Ct.); *Reynolds v. Godlee* (1858), 4 K. & J. 88; 70 E.R. 37 (Vice-Chancellor's Ct.); *Tagg v. South Devon Railway Company* (1849), 12 Beav. 151; 50 E.R. 1017 (Rolls Ct.).

REFERRED TO:

Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc. (1991), 36 C.P.R. (3d) 22 (Comp. Trib.); *Alterskye v. Scott*, [1948] 1 All E.R. 469 (Ch. D.); *Laxton Hldg. Ltd. v. Madill*, [1987] 3 W.W.R. 570; (1987), 56 Sask. R. 152; 26 C.C.L.I. 121; 18 C.P.C. (2d) 117 (C.A.); *Anderson v. Anderson et al.* (1979), 26 O.R. (2d) 769; 105 D.L.R. (3d) 341; 14 C.P.C. 87; 12 R.F.L. (2d) 353 (H.C.); *Lac Minerals Ltd. v. New Cinch Uranium Ltd. et al.* (1985), 50 O.R. (2d) 260; 17 D.L.R. (4th) 745; 48 C.P.C. 199 (H.C.); *Reichmann et al. v. Toronto Life Publishing Co. et al.* (1988), 28 C.P.C. (2d) 11 (Ont. H.C.); *National Gypsum Co. v. Dorrell* (1989), 68 O.R. (2d) 689; 34 C.P.C. (2d) 1; 25 C.P.R. (3d) 15 (H.C.); *Miller, (Ed) Sales & Rentals Ltd. v. Caterpillar Tractor Co.* (1986), 43 Alta. L.R. (2d) 299 (Q.B.); *Wirth Ltd. v. Acadia Pipe & Supply Corp. et al.* (1991), 113 A.R. 298; 79 Alta. L.R. (2d) 345 (Q.B.); *Blake v. Hudson's Bay Co.*, [1988] 1 W.W.R. 176; (1987), 22 C.P.C. (2d) 95 (Man. Q.B.); *Rocca Enterprises Ltd. et al. v. University Press of New Brunswick Ltd. and Crowther* (1989), 103 N.B.R. (2d) 224; 259 A.P.R. 224 (Q.B.); *Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.*, [1991] 1 F.C. 325; (1990), 33 C.P.R. (3d) 49 (T.D.); *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1989] 3 F.C. 540; (1989), 24 C.P.R. (3d) 484; [1989] 2 C.T.C. 63; 89 DTC 5205 (T.D.); *Richardson v. Hastings* (1844), 7 Beav. 354; 49 E.R. 1102 (Rolls Ct.).

AUTHORS CITED

Bray, E. *The Principles and Practice of Discovery*, London: Reeves & Turner, 1885.
 Eagles, Ian "Disclosure of Material Obtained on Discovery" (1984), 47 *Mod. L. Rev.* 284.
 Hare, T. *A Treatise on the Discovery of Evidence*, 2nd ed., London: Stevens & Sons, 1877.
 Love, P. H. "Constructing a Public Right of Access to Pretrial Proceedings: How Sound is the Structure?" (1988), 66 *Wash. U.L.Q.* 745.
 Seton, Sir H. W. *Forms of Judgments and Orders in the High Court of Justice and Court of Appeal*, 7th ed. by A. R. Ingpen, F. T. Bloxman and H. G. Garrett, London: Stevens & Sons, 1912.
 Williston, W. B. and R. J. *Rolls The Law of Civil Procedure*, Vol. 2, Toronto: Butterworths, 1970.

COUNSEL:

Mary Jane Dodge, Q.C. for plaintiff.
Lana K. L. Li for defendant.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for plaintiff.

DÉCISIONS CITÉES:

Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc. (1991), 36 C.P.R. (3d) 22 (Trib. conc.); *Alterskye v. Scott*, [1948] 1 All E.R. 469 (Ch. D.); *Laxton Hldg. Ltd. v. Madill*, [1987] 3 W.W.R. 570; (1987), 56 Sask. R. 152; 26 C.C.L.I. 121; 18 C.P.C. (2d) 117 (C.A.); *Anderson v. Anderson et al.* (1979), 26 O.R. (2d) 769; 105 D.L.R. (3d) 341; 14 C.P.C. 87; 12 R.F.L. (2d) 353 (H.C.); *Lac Minerals Ltd. v. New Cinch Uranium Ltd. et al.* (1985), 50 O.R. (2d) 260; 17 D.L.R. (4th) 745; 48 C.P.C. 199 (H.C.); *Reichmann et al. v. Toronto Life Publishing Co. et al.* (1988), 28 C.P.C. (2d) 11 (H.C. Ont.); *National Gypsum Co. v. Dorrell* (1989), 68 O.R. (2d) 689; 34 C.P.C. (2d) 1; 25 C.P.R. (3d) 15 (H.C.); *Miller, (Ed) Sales & Rentals Ltd. v. Caterpillar Tractor Co.* (1986), 43 Alta. L.R. (2d) 299 (B.R.); *Wirth Ltd. v. Acadia Pipe & Supply Corp. et al.* (1991), 113 A.R. 298; 79 Alta. L.R. (2d) 345 (B.R.); *Blake v. Hudson's Bay Co.*, [1988] 1 W.W.R. 176; (1987), 22 C.P.C. (2d) 95 (B.R. Man.); *Rocca Enterprises Ltd. et al. c. University Press of New Brunswick Ltd. and Crowther* (1989), 103 R.N.-B. (2d) 224; 259 A.P.R. 224 (B.R.); *Lubrizol Corp. c. Imperial Oil Ltd.*, [1991] 1 C.F. 325; (1990), 33 C.P.R. (3d) 49 (1^{re} inst.); *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1989] 3 C.F. 540; (1989), 24 C.P.R. (3d) 484; [1989] 2 C.T.C. 63; 89 DTC 5205 (1^{re} inst.); *Richardson v. Hastings* (1844), 7 Beav. 354; 49 E.R. 1102 (Rolls Ct.).

DOCTRINE

Bray, E. *The Principles and Practice of Discovery*, London: Reeves & Turner, 1885.
 Eagles, Ian «Disclosure of Material Obtained on Discovery» (1984), 47 *Mod. L. Rev.* 284.
 Hare, T. *A Treatise on the Discovery of Evidence*, 2nd ed., London: Stevens & Sons, 1877.
 Love, P. H. «Constructing a Public Right of Access to Pretrial Proceedings: How Sound is the Structure?» (1988), 66 *Wash. U.L.Q.* 745.
 Seton, Sir H. W. *Forms of Judgments and Orders in the High Court of Justice and Court of Appeal*, 7th ed. par A. R. Ingpen, F. T. Bloxman et H. G. Garrett, London: Stevens & Sons, 1912.
 Williston, W. B. et R. J. *Rolls The Law of Civil Procedure*, Vol. 2, Toronto: Butterworths, 1970.

AVOCATS:

Mary Jane Dodge, c.r., pour la demanderesse.
Lana K. L. Li pour la défenderesse.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour la demanderesse.

Douglas, Symes & Brissenden, Vancouver, for defendant.

Douglas, Symes & Brissenden, Vancouver, pour la défenderesse.

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

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

REED J.: The defendant brings a motion to require the plaintiff to produce an officer to be examined for discovery. The dispute between the parties arises out of uncertainty as to the status of information obtained as a result of an examination for discovery which takes place pursuant to the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663].

LE JUGE REED: La défenderesse dépose une requête afin de forcer la demanderesse à présenter un fonctionnaire pour qu'il soit interrogé au préalable. Le litige entre les parties porte sur le statut des renseignements obtenus dans le cadre d'un interrogatoire préalable effectué conformément aux *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., chap. 663].

The plaintiff put forward an officer for discovery but sought an undertaking from counsel for the defendant that information obtained thereby would not be used for any purpose extraneous to the proceeding for which it was obtained. Counsel for the defendant refused to give such an undertaking. There is other litigation allegedly in progress to which such information might be relevant.

La demanderesse a présenté un fonctionnaire pour l'interrogatoire préalable, mais a demandé à l'avocat de la défenderesse de s'engager à n'utiliser les informations obtenues qu'aux seules fins de l'instance. L'avocat de la défenderesse a refusé de prendre cet engagement. À l'heure actuelle, il existerait une autre instance pour laquelle ces informations pourraient être pertinentes.

The issue raised is whether discovery proceedings undertaken pursuant to the *Federal Court Rules* and practice are governed by the British Columbia Court of Appeal decision in *Kyuquot Logging Ltd. v. British Columbia Forest Products Ltd. et al.* (1986), 30 D.L.R. (4th) 65.¹ The *Kyuquot* case held that there was no implied undertaking requiring parties to use information obtained from the opposite party on discovery, only for the purposes of that litigation. In the *Kyuquot* case it was decided that all such information automatically became public unless specific orders or undertakings had previously been given to the contrary.

La question en litige est celle de savoir si la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Kyuquot Logging Ltd. v. British Columbia Forest Products Ltd. et al.* (1986), 30 D.L.R. (4th) 65¹ régit l'interrogatoire préalable prévu par les *Règles de la Cour fédérale* et par la pratique. Dans l'affaire *Kyuquot*, le tribunal a statué que les parties n'avaient pas l'obligation de n'utiliser qu'aux seules fins du litige les renseignements obtenus de la partie adverse au cours de l'interrogatoire préalable. Dans l'affaire *Kyuquot*, le tribunal a décidé que ces informations tombaient dans le domaine public à moins d'une ordonnance ou d'un engagement précis à l'effet contraire.

Position Generally Re: Use of Discovery Materials

Politique générale concernant l'utilisation des informations obtenues dans le cadre des interrogatoires préalables

The position taken in the *Kyuquot* decision differs from that which exists elsewhere. In the United King-

Les conclusions de la décision *Kyuquot* diffèrent des positions adoptées ailleurs. Au Royaume-Uni, la

¹ This same issue was dealt with for the purpose of the Competition Tribunal Rules in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 22 Comp. Trib., Reasons and Order Regarding Use of Material Obtained on Discovery and Criterion for Issuing Confidentiality (Protective) Orders.

¹ Cette question a également été étudiée dans le cadre des Règles de pratique du Tribunal de la concurrence dans l'affaire *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 22 (Trib. conc.), [TRADUCTION] Motifs et ordonnance concernant l'utilisation d'informations obtenues à l'interrogatoire préalable et critère régissant les ordonnances de non-divulgateion.

dom there is an implied undertaking, which accompanies disclosure on discovery, requiring the party who obtains documents or information not to use them for any purpose collateral or ulterior to the litigation in issue: see particularly *Alterskye v. Scott*, [1948] 1 All E.R. 469 (Ch. D.). The Saskatchewan Court of Appeal concluded in 1987 that the practice in that province was the same as in England: *Laxton Hldg. Ltd. v. Madill*, [1987] 3 W.W.R. 570 (Sask. C.A.). In Ontario, various first instance cases reveal that such an implied undertaking operates in that province: *Anderson v. Anderson et al.* (1979), 26 O.R. (2d) 769 (H.C.); *Lac Minerals Ltd. v. New Cinch Uranium Ltd. et al.* (1985), 50 O.R. (2d) 260 (H.C.); *Reichmann et al. v. Toronto Life Publishing Co. et al.* (1988), 28 C.P.C. (2d) 11 (Ont. H.C.); *National Gypsum Co. v. Dorrell* (1989), 68 O.R. (2d) 689 (H.C.).²

In Alberta, Manitoba, and New Brunswick, the courts, at least at the trial level, apply the principle of an implied undertaking: *Miller, (Ed) Sales & Rentals Ltd. v. Caterpillar Tractor Co.* (1986), 43 Alta. L.R. (2d) 299 (Q.B.); *Wirth Ltd. v. Acadia Pipe & Supply Corp. et al.* (1991), 113 A.R. 298 (Q.B.); *Blake v. Hudson's Bay Co.*, [1988] 1 W.W.R. 176 (Man. Q.B.); *Rocca Enterprises Ltd. et al. v. University Press of New Brunswick Ltd. and Crowther* (1989), 103 N.B.R. (2d) 224 (Q.B.). The existence of such an implied undertaking was recently recognized in a decision of the Associate Senior Prothonotary of this Court: *Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.*, [1991] 1 F.C. 325 (T.D.). See also *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1989] 3 F.C. 540 (T.D.), at pages 555-556, for discussion of the issue.

British Columbia Position and the *Kyuquot* Decision

In the light of this jurisprudence it is necessary to consider the *Kyuquot* decision more closely. In that case, the plaintiff in an action against British Columbia Forest Products Limited ("BCFP") and the Crown wished to disclose documents and other information that it had obtained through its discovery of BCFP to the plaintiffs in another action arising out of the same

² Textbook, W. B. Williston and R. J. Rolls, *The Law of Civil Procedure*, vol. 2 (Toronto: Butterworths, 1970), at p. 941 also describes the implied undertaking.

partie qui obtient des documents ou des informations au cours de l'interrogatoire préalable s'engage implicitement à ne pas les utiliser à des fins connexes ou ultérieures au litige: à cet effet, voir tout particulièrement l'affaire *Alterskye v. Scott*, [1948] 1 All E.R. 469 (Ch. D.). La Cour d'appel de la Saskatchewan a statué en 1987 que, dans cette province, le principe était le même que celui établi en Angleterre: *Laxton Hldg. Ltd. v. Madill*, [1987] 3 W.W.R. 570 (C.A. Sask.). En Ontario, diverses décisions de première instance font référence à l'engagement implicite: *Anderson v. Anderson et al.* (1979), 26 O.R. (2d) 769 (H.C.); *Lac Minerals Ltd. v. New Cinch Uranium Ltd. et al.* (1985), 50 O.R. (2d) 260 (H.C.); *Reichmann et al. v. Toronto Life Publishing Co. et al.* (1988), 28 C.P.C. (2d) 11 (H.C. Ont.); *National Gypsum Co. v. Dorrell* (1989), 68 O.R. (2d) 689 (H.C.).²

En Alberta, au Manitoba et au Nouveau-Brunswick, les tribunaux, du moins en première instance, appliquent le principe de l'engagement implicite: *Miller, (Ed) Sales & Rentals Ltd. v. Caterpillar Tractor Co.* (1986), 43 Alta L.R. (2d) 299 (B.R.); *Wirth Ltd. v. Acadia Pipe & Supply Corp. et al.* (1991), 113 A.R. 298 (B.R.); *Blake v. Hudson's Bay Co.*, [1988] 1 W.W.R. 176 (B.R. Man.); *Rocca Enterprises Ltd. et al. c. University Press of New Brunswick Ltd. and Crowther* (1989), 103 R.N.-B. (2d) 224 (B.R.). Une décision du protonotaire adjoint de notre Cour a tout récemment reconnu l'existence de l'engagement implicite dans l'affaire suivante: *Lubrizol Corp. c. Imperial Oil Ltd.*, [1991] 1 C.F. 325 (1^{ère} inst.). Voir également *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1989] 3 C.F. 540 (1^{ère} inst.), aux pages 555 et 556 sur cette question.

La situation de la Colombie-Britannique et l'arrêt *Kyuquot*

À la lumière de cette jurisprudence, il convient d'examiner plus attentivement la décision de l'affaire *Kyuquot*. Dans cette affaire, le demandeur, dans une poursuite intentée contre la British Columbia Forest Products Limited (la «BCFP») et la Couronne, souhaitait révéler les documents et autres informations obtenues au cours de l'interrogatoire préalable de la

² Le traité de W. B. Williston et R. J. Rolls, *The Law of Civil Procedure*, vol. 2 (Toronto: Butterworths, 1970), décrit également à la p. 941 cet engagement implicite.

facts. These other plaintiffs were suing only the Crown, having settled with BCFP, and therefore were not independently entitled to discovery of BCFP. McLachlin J.A. (as she then was), writing for the majority, first examined the state of English law as of 1858 (the date of reception in British Columbia). She held that in 1858 there was in England no implied undertaking to use documents produced on discovery only in the action in which they were produced. She also surveyed later developments in the law of that country which led to the modern position with respect to the implied undertaking, which she recognized clearly exists in England today. She concluded [at page 83] that:

... the idea of an implied undertaking to the court enforceable by contempt did not emerge until *Alderskye* [*sic*] and was not generally accepted until *Harman*. Until then, the obligation on a party in possession of discovery documents was enforced by express undertakings or injunctions.

The position in British Columbia was held to resemble the pre-*Alterskye* position in England.

The second main impetus for the decision appears to have been a policy consideration: that a blanket rule against using information obtained on discovery for purposes outside the case for which it was obtained would lead to excessive litigation.

Jurisprudence in the Nominate Reports

With respect to the British Columbia Court of Appeal's summary of the English law prior to *Alterskye*, it is based, at least in part, on certain early decisions contained in the nominate reports.³ The nominate reports often give rise to conflicting

³ The cases referred to at pp. 16-17 are: *Williams v. Prince of Wales' Life, & Company* (1857), 23 Beav. 338; 53 E.R. 133 (Rolls Ct.); *Reynolds v. Godlee* (1858), 4 K. & J. 88; 70 E.R.

(Continued on next page)

BCFP à des personnes agissant en qualité de demandeurs dans un autre litige découlant des mêmes événements. Ces derniers intentaient une poursuite contre la Couronne seule, ayant réglé avec BCFP, et par conséquent, n'avaient donc pas le droit de procéder à l'interrogatoire préalable de la BCFP. Dans un jugement écrit, madame le juge McLachlin, J.C.A. (son titre à l'époque), pour la majorité, s'est d'abord penchée sur l'état du droit anglais en 1858 (date de sa réception en Colombie-Britannique). Elle a statué qu'en 1858, il n'existait en Angleterre aucun engagement implicite visant à limiter l'utilisation des documents obtenus dans le cadre d'un interrogatoire préalable à la seule affaire au cours de laquelle ils avaient été produits. Elle a également passé en revue l'évolution ultérieure du droit dans ce pays qui a amené l'adoption de la position moderne sur l'engagement implicite dont elle a clairement reconnu l'existence en Angleterre. Elle a conclu [à la page 83] que:

[TRADUCTION] ... l'idée d'un engagement implicite envers le tribunal dont la violation serait susceptible d'être sanctionnée comme un outrage au tribunal a pris naissance avec l'affaire *Alderskye* et n'a pas été confirmée avant l'affaire *Harman*. Auparavant, l'obligation des parties en possession de documents obtenus lors d'un interrogatoire préalable était appliquée soit par le biais d'engagements soit par injonction exprès.

La Cour d'appel a déclaré qu'en Colombie-Britannique, l'état du droit était celui qui existait en Angleterre avant l'affaire *Alterskye*.

La décision a également été motivée apparemment par des considérations générales: une règle d'application générale interdisant l'utilisation d'informations obtenues lors d'un interrogatoire préalable à des fins autres que celles de l'affaire pourrait entraîner un nombre excessif de litiges.

La jurisprudence contenue dans les recueils judiciaires privés (*Nominate Reports*)

Le résumé du droit anglais avant l'affaire *Alterskye* tel que présenté par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique est fondé, du moins en partie, sur certaines décisions anciennes contenues dans les recueils judiciaires privés³. Les recueils judiciaires privés

³ Voici les affaires dont il est question aux pages 16 et 17: *Williams v. Prince of Wales' Life, & Company* (1857), 23 Beav. 338; 53 E.R. 133 (Rolls Ct.); *Reynolds v. Godlee* (1858),

(Suite à la page suivante)

interpretations because they are not official reports but merely notes taken down in court and compiled by the named reporter. With respect, the conclusion which I would draw from these early cases is different from that which was drawn in the *Kyuquot* decision. For example, the decision in *Williams v. Prince of Wales' Life, & Company* (1857), 23 Beav. 338; 53 E.R. 133 (Rolls Ct.) was characterized as establishing the requirement to obtain express court orders or undertakings to restrict the use of discovery material to the instant case. I do not interpret the decision as establishing that proposition.

In the *Williams* case the defendants, before preparing a schedule of the documents in their possession (an affidavit of documents), undertook to give the plaintiff access to the documents for inspection. The documents were voluminous. The inspection did not go smoothly. The plaintiff applied to the Court for an order requiring production. The plaintiff alleged that the defendants would not grant access to anyone but the plaintiff personally and only for one hour per day. The defendants alleged that the plaintiff's solicitor's clerk was rude and offensive and that the plaintiff was misusing the documents by making them public. The Court indicated that both parties were at fault. It was held that the plaintiff and his agents were to be allowed access at all reasonable times and that in so far as the plaintiff's conduct was concerned:⁴

... it is not the right of a Plaintiff, who has obtained access to the Defendants' papers, to make them public. The Court has granted injunctions to prevent it, and I myself have done so, to prevent a Plaintiff, a merchant, from making public information obtained under the order for production.

I shall only make the order in this case, upon the Plaintiff's undertaking not to make public or communicate to any stranger to the suit the contents of such documents, and not to make them public in any way.

(Continued from previous page)

37 (Vice-Chancellor's Ct.); *Tagg v. South Devon Railway Company* (1849), 12 Beav. 151; 50 E.R. 1017 (Rolls Ct.); *Richardson v. Hastings* (1844), 7 Beav. 354; 49 E.R. 1102 (Rolls Ct.).

⁴ (1857), 23 Beav. 338, at p. 340.

donnent souvent lieu à des interprétations divergentes parce qu'il ne s'agit pas de rapports officiels, mais tout simplement de notes transcrites et compilées par des rapporteurs. Je ne tire pas les mêmes conclusions de ces affaires que celles qu'en a tirées la Cour dans l'arrêt *Kyuquot*. Par exemple, on a conclu que l'affaire *Williams v. Prince of Wales' Life, & Company* (1857), 23 Beav. 338; 53 E.R. 133 (Rolls Ct.) établissait le principe qu'il fallait une ordonnance expresse du tribunal ou un engagement exprès pour restreindre l'utilisation des documents obtenus pendant l'interrogatoire préalable au litige. À mon avis, cette décision n'établit pas ce principe.

Dans l'affaire *Williams*, les défendeurs, avant de préparer l'annexe énumérant les documents en leur possession (l'affidavit attestant l'exactitude de la liste des documents), s'étaient engagés à permettre au demandeur de consulter les documents en question. Les documents étaient volumineux. L'examen s'est mal déroulé. Le demandeur a sollicité une ordonnance de la Cour exigeant la production des documents. Le demandeur alléguait que les défendeurs n'autorisaient que le demandeur en personne à l'exclusion de toute autre personne à consulter les documents, et ce, une heure par jour seulement. Les défendeurs ont soutenu que le secrétaire de l'avocat du demandeur était impoli et insolent et que le demandeur faisait mauvais emploi des documents en les rendant publics. Le tribunal a conclu que les deux parties avaient tort. Le tribunal a statué que le demandeur et ses agents devaient avoir accès raisonnable aux documents et quant au comportement du demandeur⁴:

[TRADUCTION] ... le demandeur qui a obtenu accès aux documents du défendeur n'a pas le droit de les rendre publics. La Cour a émis des injonctions visant à l'en empêcher, et j'ai moi-même pris cette mesure afin d'empêcher un demandeur commerçant de rendre publiques les informations obtenues en vertu d'une ordonnance d'examen.

Dans la présente affaire, j'accorderai une ordonnance avec l'engagement du demandeur de ne pas rendre public, ni de communiquer à aucun étranger au litige le contenu de ces documents, ni de ne le rendre public d'aucune façon.

(Suite de la page précédente)

4 K. & J. 88; 70 E.R. 37 (Vice-Chancellor's Ct.); *Tagg v. South Devon Railway Company* (1849), 12 Beav. 151; 50 E.R. 1017 (Rolls Ct.); *Richardson v. Hastings* (1844), 7 Beav. 354; 49 E.R. 1102 (Rolls Ct.).

⁴ (1857), 23 Beav. 338, à la p. 340.

I do not read the decision in the *Williams* case as standing for the proposition that an express order or undertaking must be obtained in order to have use of the documents restricted. Rather implicit in the decision is recognition that an obligation exists not to use discovery documents for purposes extraneous to the action even in the absence of an express court order so requiring. The fact that the Judge in that case made an express undertaking a condition of the order he finally gave would seem to have been for 'added insurance' rather than as a result of an absolute need to do so.

With respect to *Reynolds v. Godlee*,⁵ a case heavily relied upon in the *Kyuquot* decision,⁶ it must be noted that whatever may have been said about undertakings with respect to discovery documents, it was all *dicta*. That decision relates to a solicitor-client privilege and it was on that basis that the plaintiff was allowed in the end to refuse to produce the document. While the plaintiff had originally resisted production, not on the basis of solicitor-client privilege, but because he had obtained the document from another defendant by a motion, that is not the basis on which a decision was finally made. Also, in so far as this *dicta* is concerned, I read the decision as saying no more than that one cannot refuse to produce a document because it has been obtained from another in confidence and if the document has been obtained pursuant to an order for discovery the court is not prevented from requiring its disclosure to others.

With respect to the decision in *Tagg v. South Devon Railway Company*⁷ it is not surprising that the Court of Chancery at that time refused to order that documents produced on discovery could not be used in an action at law. Prior to 1854, the only way discovery could be obtained in an action at law was by bringing a bill for discovery in Chancery.

À mon avis, l'arrêt *Williams* n'établit pas le principe que seule une ordonnance ou un engagement exprès permet de restreindre l'usage des documents. Au contraire, dans cette décision il appert que l'on reconnaît l'existence de l'obligation de ne pas utiliser les documents communiqués à des fins étrangères au litige, même en l'absence d'une ordonnance expresse du tribunal. Dans cette affaire, le juge a exigé un engagement exprès, comme condition de l'ordonnance émise, pour obtenir une «assurance supplémentaire» plutôt que par nécessité.

Quant à l'affaire *Reynolds v. Godlee*⁵ sur laquelle le tribunal s'est en partie fondé dans l'affaire *Kyuquot*⁶, les affirmations portant sur les engagements pris au sujet des documents communiqués ne constituaient que de simples remarques incidentes. Cette décision porte sur le secret professionnel de l'avocat et grâce à ce principe, le demandeur a finalement obtenu la permission de refuser de produire le document. Le demandeur avait certes d'abord refusé de produire les documents, non pas en invoquant le secret professionnel de l'avocat, mais parce qu'il avait obtenu ce document d'un autre défendeur par voie de requête, mais la décision ne se fonde pas sur ce point. De plus, quant aux remarques incidentes, la décision dit tout simplement qu'il n'est pas permis de refuser de produire un document parce qu'il a été obtenu d'une autre personne à titre confidentiel et que, si le document a été obtenu suite à une ordonnance de communication, le tribunal peut en ordonner la divulgation à des tiers.

Quant à la décision dans l'affaire *Tagg v. South Devon Railway Company*⁷, la Court of Chancery avait refusé à l'époque d'émettre une ordonnance interdisant l'utilisation des documents communiqués dans une poursuite. Avant 1854, la seule façon d'obtenir la communication de documents dans une poursuite était de déposer une demande de divulgation auprès de la Court of Chancery.

⁵ *Supra*, note 3.

⁶ And in the article by Ian Eagles, "Disclosure of Material Obtained on Discovery" (1984), 47 *Mod. L.Rev.* 284, at par. 286n which is referred to in the *Kyuquot* decision.

⁷ *Supra*, note 3.

⁵ *Supra*, note 3.

⁶ Et également dans l'article de Ian Eagles, «Disclosure of Material Obtained on Discovery» (1984), 47 *Mod. L. Rev.* 284, au par. 286n dont il est question dans la décision *Kyuquot*.

⁷ *Supra*, note 3.

Other Considerations

With respect to the references to the position in the United States which is referred to in *Kyuquot* it should be noted that the Federal Rules of Procedure in the United States require that many of the documents exchanged by the parties during the discovery process prior to trial be filed with the court; the documents thereby become part of the public record. This is undoubtedly one of the reasons why discovery is not subject to implied restricted use undertakings in the United States.⁸ Transcripts of discovery proceedings are not automatically filed as part of the Federal Court's public record. They are only filed when introduced by the parties at trial, or when portions thereof are attached to affidavits for the purpose of certain pre-trial motions. Until made part of the public record the discovery process conducted pursuant to the *Federal Court Rules* is a non-public proceeding.

With respect to the argument that a general rule preventing use of documents and information obtained on discovery for purposes outside the context of the litigation will lead to excessive litigation, the opposite view is also a credible one. In fact, the general rule seems to have been operating in various jurisdictions for many years without much litigation arising therefrom. This is evident from the lack of reported jurisprudence in the United Kingdom between the early nominate reports and the *Alterskye* decision of 1948. While the existence of an implied undertaking is noted in a number of older texts such as *Hare on Discovery*,⁹ *Bray on Discovery*¹⁰ and *Seton's Judgments and Orders*,¹¹ there is little else referring to the practice in those early years. One can conclude that there are not many reported decisions on this subject because the principle of an implied

⁸ See P. H. Love, "Constructing a Public Right of Access to Pretrial Proceedings: How Sound is the Structure?" (1988) 66 *Wash. U.L.Q.* 745, at p. 763.

⁹ T. Hare, *A Treatise on the Discovery of Evidence*, 2nd ed. by S. Hare (London: Stevens & Sons, 1877), at p. 268n.

¹⁰ E. Bray, *The Principles and Practice of Discovery* (London: Reeves & Turner, 1885), at p. 238.

¹¹ Sir H. W. Seton, *Forms of Judgments and Orders in the High Court of Justice and Court of Appeal*, 7th ed. by A. R. Inghen, F. T. Bloxam and H. G. Garrett (London: Stevens & Sons, 1912), at p. 76.

Autres considérations

Quant aux références à la position adoptée par les Etats-Unis dont il est question dans l'affaire *Kyuquot*, les Federal Rules of Procedure des Etats-Unis exigent que la plupart des documents échangés par les parties au cours de l'enquête préalable soient déposés au greffe; les documents font donc partie du domaine public. C'est pour cette raison sans doute que l'enquête préalable ne fait pas l'objet d'un engagement implicite visant à restreindre l'usage des documents aux Etats-Unis⁸. Les transcriptions de l'enquête préalable ne sont pas automatiquement déposées aux dossiers publics de la Cour fédérale. Elles y sont déposées lorsqu'elles sont présentées par les parties au cours de l'instance ou lorsque des extraits du document sont annexés aux affidavits préparés pour certaines requêtes avant procès. Avant d'être consignée au dossier officiel, l'enquête préalable demeure confidentielle en vertu des *Règles de la Cour fédérale*.

Quant à l'argument voulant qu'une interdiction générale d'utiliser les informations et les documents obtenus lors de l'examen à des fins étrangères au litige pourrait entraîner de nombreux litiges, l'opinion contraire est tout aussi défendable. En fait, il semble que la règle générale ait été appliquée dans divers pays, depuis des années, sans donner lieu à de nombreux litiges. L'absence de jurisprudence rapportée au Royaume-Uni entre les anciens recueils judiciaires privés et la décision de l'arrêt *Alterskye* de 1948 le démontre clairement. Même si de nombreux traités plus anciens mentionnent la notion d'engagement implicite, tels que *Hare on Discovery*⁹, *Bray on Discovery*¹⁰ et *Seton's Judgments and Orders*¹¹, il n'existe pratiquement aucune autre référence à cette pratique à cette époque. On peut conclure qu'il y a bien peu de jurisprudence rapportée sur ce sujet parce

⁸ Voir P. H. Love, «Constructing a Public Right of Access to Pretrial Proceedings: How Sound is the Structure?» (1988) 66 *Wash. U.L.Q.* 745, à la p. 763.

⁹ T. Hare, *A Treatise on the Discovery of Evidence*, 2^e éd. par S. Hare (London: Stevens & Sons, 1877) à la p. 268n.

¹⁰ E. Bray, *The Principles and Practice of Discovery* (London: Reeves & Turner, 1885), à la p. 238.

¹¹ Sir H. W. Seton, *Forms of Judgments and Orders in the High Court of Justice and Court of Appeal*, 7^e éd. par A. R. Inghen, F. T. Bloxam and H. G. Garrett (London: Stevens & Sons, 1912) à la p. 76.

undertaking was clearly established, well understood and operated smoothly.

Reference should be made to one other case: *Harman v. Secretary of State for the Home Department*, [1983] 1 A.C. 280; [1982] 1 All E.R. 532 (H.L.). Reference must be made to this case because it is a rather strange decision and it was referred to in the *Kyuquot* decision. The *Harman* decision was concerned with determining when an undertaking respecting restricted use expired. The decision refers to the existence of implied undertakings although the undertaking, in fact, in that case was express. The decision is strange because it held that counsel's disclosure to a journalist of a document even after the document had been read in open court constituted a breach of the undertaking and was therefore contempt of court. It is reasonable to conclude that the courts of this country would be reluctant to follow the *Harman* decision, in the absence of a Supreme Court ruling which adopted it as correct. In fact, the English rules of court [Rules of the Supreme Court 1965] were amended [S.I. 1987, No. 1423] in 1987 (post-*Harman*) to explicitly provide that any undertaking with respect to the use of a document obtained on discovery expires upon the reading of or reference to the document in open court.¹²

Federal Court Proceedings

What then of the position with respect to information obtained on discovery from the opposing side in a Federal Court proceeding?

In my view, an implied undertaking restricting the use of information (transcripts and documents) obtained on discovery applies to the Federal Court discovery process. As has already been noted, discovery materials do not become part of the public record

¹² O. 24, r. 14A:

14A. Any undertaking, whether express or implied, not to use a document for any purposes other than those of the proceedings in which it is disclosed shall cease to apply to such document after it has been read to or by the Court, or referred to, in open Court, unless the Court for special reasons has otherwise ordered on the application of a party or of the person to whom the document belongs.

que le principe de l'engagement implicite était clairement établi, bien compris et fonctionnait facilement.

Il faut invoquer une autre affaire: *Harman v. Secretary of State for the Home Department*, [1983] 1 A.C. 280; [1982] 1 All E.R. 532 (H.L.). Il faut la citer parce qu'il s'agit d'une décision étonnante qui a été mentionnée dans l'arrêt *Kyuquot*. La décision *Harman* portait sur le moment où prend fin l'engagement de ne pas utiliser les documents. La décision porte sur l'existence des engagements implicites même si, en réalité, dans cette affaire, il s'agissait d'un engagement exprès. La décision est étonnante parce que le tribunal statue que la communication par un avocat à un journaliste d'un document qui a été lu en audience publique constitue une violation à l'engagement et, par conséquent, un outrage au tribunal. On peut raisonnablement conclure que les juridictions canadiennes seraient réticentes à appliquer la décision de l'affaire *Harman* en l'absence d'une décision de la Cour suprême reconnaissant l'importance du principe. En fait, les Rules of Court anglaises [Rules of the Supreme Court 1965] ont été modifiées en 1987 [S.I. 1987 No. 1423] (après l'affaire *Harman*) afin d'énoncer expressément la règle selon laquelle l'engagement portant sur l'utilisation d'un document communiqué expire au moment où on en fait lecture ou référence publiquement au cours d'une audience judiciaire¹².

Procédure de la Cour fédérale

Qu'en est-il donc de la position de la Cour fédérale quant à l'information obtenue lors de l'enquête préalable dans un litige?

À mon avis, le processus d'interrogatoire préalable de la Cour fédérale comprend l'engagement implicite de limiter l'utilisation des informations obtenues (transcriptions et documents). Nous l'avons dit, dans la présente Cour, les documents ne font pas partie du

¹² O. 24, r. 14A:

[TRADUCTION] 14A. L'engagement implicite ou exprès de ne pas utiliser un document à d'autres fins que celles de l'instance au cours de laquelle il a été communiqué prend fin au moment où lecture en est faite ou qu'on s'y est référé en audience publique à moins que la Cour, pour des motifs particuliers, n'émette une ordonnance à l'effet contraire à la demande d'une partie ou d'une personne à qui le document appartient.

in this Court until they are filed with the Court. Secondly, the operation of an implied undertaking likely reduces the number of pre-trial motions which might otherwise be brought. Thirdly, the jurisprudence in other jurisdictions, particularly the provinces, other than British Columbia, and that in the United Kingdom is persuasive.

Rule 5 of the *Federal Court Rules* provides that where a matter arises which is not dealt with by the rules, the Court may give directions to adopt the practice and procedure in force for similar proceedings in the courts of the province to which the subject-matter most particularly relates (the gap rule). Counsel have not sought such directions in this case and indeed if they had I would not have been inclined to adopt the British Columbia jurisprudence. I do not think a gap exists to which Rule 5 might apply and I assume counsel did not think so either since they did not raise it.

An order will therefore issue requiring the plaintiff to produce a representative for discovery. The defendant will know from the text of these reasons that an implied undertaking automatically arises so that information obtained on discovery is to be used only for the purposes of the litigation for which it is obtained. This does not, of course, restrict the use of any information which subsequently is made part of the public record. Nor does it affect the use of information which while obtained on discovery may also have been obtained from some other source. An implied undertaking cannot operate to pull under its umbrella documents and information obtained from sources outside the discovery process merely because they were also obtained on discovery. In addition, the implied undertaking does not prevent a party from applying, in the context of collateral litigation, for release from the implied undertaking, so that information obtained on discovery might be used in that litigation. This, however, is a matter to be determined in the context of that proceeding and not in this proceeding.

dossier tant qu'il n'y ont pas été versés. Deuxièmement, l'application d'un engagement implicite réduit probablement le nombre de requêtes avant procès qui pourraient être déposées. Troisièmement, la jurisprudence des autres pays et provinces, plus particulièrement celle des provinces autres que la Colombie-Britannique de même que celle du Royaume-Uni, est convaincante.

La Règle 5 des *Règles de la Cour fédérale* énonce que lorsque se pose une question non autrement visée par une disposition des Règles, la Cour peut ordonner d'adopter la pratique et la procédure applicables en pareils cas dans les cours de la province à laquelle se rapporte plus particulièrement l'objet des procédures (la règle des lacunes). Les avocats n'ont pas tenté d'obtenir de telles directives dans cette affaire et certes, s'ils l'avaient fait, je n'aurais pas été encline à suivre la jurisprudence de la Colombie-Britannique. Je ne crois pas à l'existence d'une «lacune» à laquelle la Règle 5 puisse s'appliquer et il me semble que les avocats n'y ont pas cru non plus, puisqu'ils n'ont pas soulevé cette question.

Une ordonnance sera donc émise exigeant que la demanderesse convoque un représentant aux fins de l'interrogatoire préalable. La défenderesse apprendra, à la lecture des présents motifs, l'existence d'un engagement implicite automatique, de telle sorte que l'information obtenue, lors de l'interrogatoire, ne pourra être utilisée qu'aux seules fins du litige pour lequel elle a été obtenue. Bien entendu, cela ne limite pas l'utilisation d'informations qui, subséquemment, feront partie du dossier public. Cette décision n'affecte pas non plus l'utilisation d'informations obtenues lors de l'interrogatoire préalable qui auraient pu être obtenues d'une autre source. L'engagement implicite ne peut porter sur des documents et des informations obtenus d'une source étrangère à l'interrogatoire préalable, sous prétexte qu'ils ont été obtenus pendant l'enquête préalable. De plus, l'engagement implicite n'empêche pas une partie de demander, dans le contexte d'une instance connexe, d'être relevée de cet engagement implicite, afin que les informations obtenues lors de l'interrogatoire préalable puissent être utilisées dans cette autre instance. Toutefois, il s'agit d'une question qui devra être déterminée dans le contexte de cette instance et non dans la présente affaire.

Gur Raj Singh Grewal (*Applicant*)

v.

The Minister of Employment and Immigration
(*Respondent*)

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

Court of Appeal, Heald, MacGuigan and Linden
J.J.A.—Toronto, June 21; Ottawa, September 12,
1991.

Immigration — Refugee status — Reopening inquiry — Adjudicator refusing to reopen immigration inquiry to allow applicant to claim Convention refugee status — Facts arising after ordered deported (risk of persecution if returned to India) twice considered by Immigration Appeal Board before dismissing appeal from deportation order and before refusing to reopen appeal, by Minister before refusing to intervene on humanitarian grounds, and by Adjudicator before refusing to reopen inquiry — Adjudicator stating Immigration Act, s. 35 permitting reopening only to receive new evidence which may lead to change in earlier decision — Distinguishing Kaur v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (permitting reopening if constitutional exemption granted i.e. where situation manifestly unfair) on ground Charter, s. 7 not violated — Within Adjudicator's jurisdiction to consider constitutional arguments — No failure to exercise jurisdiction.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Application to set aside Adjudicator's refusal to reopen immigration inquiry to allow applicant to claim Convention refugee status — Charter, s. 7 requirement of ample opportunity to have new evidence heard and fully considered by authoritative body met — Fundamental justice not prescribing particular method of dealing with factual, legal issues.

This was an application to set aside an Adjudicator's refusal to reopen an immigration inquiry to allow the applicant to claim Convention refugee status. While demonstrating at Toronto against the government of India, the applicant shot a police officer and was subsequently convicted of attempted murder. While incarcerated, an immigration inquiry was held and he was ordered deported. By the time his appeal to the Immigration Appeal Board (based on "all the circumstances of the case") was heard, a book describing events at the demonstration and its aftermath had been published. The Board dismissed the appeal, describing the applicant's fear of persecution if he were returned to India, as "mere speculation".

A-619-90

Gur Raj Singh Grewal (*requérant*)

c.

Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration
(*intimé*)

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

Cour d'appel, juges Heald, MacGuigan, et Linden,
J.C.A.—Toronto, 21 juin; Ottawa, 12 septembre
1991.

Immigration — Statut de réfugié — Réouverture de l'enquête — Refus de l'arbitre de rouvrir l'enquête pour permettre au requérant de revendiquer le statut de réfugié — Les faits nouveaux articulés après la décision d'expulsion (risque de persécution au retour en Inde) ont été considérés à deux reprises par la Commission d'appel de l'immigration avant qu'elle n'ait rejeté l'appel contre la mesure d'expulsion et refusé d'entendre l'appel de nouveau, par la ministre avant qu'elle n'ait refusé d'intervenir sur la base des motifs humanitaires, et par l'arbitre avant qu'elle n'ait refusé de rouvrir l'enquête — L'arbitre rappelle que l'art. 35 de la Loi sur l'immigration autorise la réouverture à seule fin de recueillir des preuves et témoignages nouveaux, susceptibles de justifier la modification de la décision antérieure — Distinction faite entre la cause en instance et l'affaire Kaur c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (réouverture par exemption constitutionnelle si la situation est manifestement injuste) par ce motif qu'il n'y a pas eu en l'espèce violation de l'art. 7 de la Charte — L'arbitre a compétence pour examiner les arguments constitutionnels — Elle n'a pas refusé d'exercer sa compétence.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Recours en annulation du refus de l'arbitre de rouvrir l'enquête d'immigration pour permettre au requérant de revendiquer le statut de réfugié au sens de la Convention — Il y a eu observation de l'art. 7 de la Charte pour ce qui est de la possibilité de présenter des preuves nouvelles à l'autorité compétente, qui doit les instruire pleinement — La justice fondamentale n'exige pas telle ou telle méthode d'instruire des points de fait ou de droit.

Recours en annulation du refus de l'arbitre de rouvrir l'enquête d'immigration pour permettre au requérant de revendiquer le statut de réfugié au sens de la Convention. Le requérant avait été reconnu coupable de tentative de meurtre pour avoir tiré sur un agent de police au cours d'une manifestation à Toronto contre le gouvernement de l'Inde. Durant son incarcération, il fit l'objet d'une mesure d'expulsion à l'issue d'une enquête d'immigration. Avant que son appel en la matière ne fût entendu par la Commission d'appel de l'immigration (compte tenu de «tous les faits de la cause»), un livre avait été publié qui rapportait ce qui s'était passé lors de la manifestation et ce qui s'ensuivit. La Commission a rejeté l'appel, quali-

A-619-90

Reports about applicant's unsuccessful appeal and his imminent deportation appeared in the Punjabi press. The applicant submitted that the publicity sparked police searches of his home village and threats to residents not to harbour him should he return there. Villagers who feared for the applicant's safety warned him not to return home. A subsequent application to the Minister to intervene on humanitarian and compassionate grounds based on the risk to the applicant if returned to India was refused. The Immigration Board (Appeal Division) denied an application, based on new information, to reopen the appeal from the deportation order. The Adjudicator then refused to reopen the inquiry at which the deportation order had been issued, stating that *Immigration Act*, section 35 permitted reopening for the "sole purpose of receiving new evidence which may lead to a change in a decision previously given by an adjudicator". She distinguished *Kaur v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, wherein it was held that an inquiry may be reopened where a constitutional exemption is granted i.e. where a situation is manifestly unfair, on the basis that there had not been a violation of the applicant's rights under Charter, section 7.

The applicant argued that the Adjudicator had erred in refusing to reopen the inquiry on the basis that Charter, section 7 had been violated. It was further argued that it is constitutionally necessary, in appropriate circumstances, to permit the reopening of a hearing to claim refugee status. The issues were whether the applicant's Charter, section 7 right had been violated (whether there had been a violation of the principles of fundamental justice) and whether the Adjudicator had failed to exercise her jurisdiction by failing to consider the constitutional arguments.

Held, the application should be dismissed.

It has been held that an inquiry may be reopened where not to do so would amount to a denial of fundamental justice. Section 7 requires that a refugee claimant be given ample opportunity to have new evidence of potential persecution in his home country heard and fully considered by an authoritative body. This requirement was met. The applicant was afforded ample opportunity to present his new facts in one form or another to several authoritative bodies. While the new facts may not have been examined exactly as he would have liked, fundamental justice does not prescribe a particular method of dealing with legal or factual issues. Nor, was there any circumstance at the time of the original hearing which denied the applicant fundamental justice.

The Adjudicator had jurisdiction to consider constitutional arguments and did exercise it when she distinguished this case from *Kaur*. Although her analysis of the constitutional question was not elaborate, she did not refuse to consider the constitutional question.

fiant de «pure conjecture» la crainte du requérant d'être persécuté s'il retournait en Inde. Des articles sur l'appel rejeté du requérant et sur son expulsion imminente parurent dans la presse punjabi. Le requérant soutient que ces articles ont poussé la police à faire des perquisitions dans son village natal et à avertir avec menaces les villageois de ne pas l'abriter s'il revenait. Des villageois qui craignaient pour sa sécurité l'ont averti de ne pas revenir chez lui. Le requérant a demandé par la suite, sans plus de succès, à la ministre d'intervenir sur la base des motifs humanitaires, en faisant valoir que sa vie serait en danger s'il retournait en Inde. La Commission d'appel de l'immigration (Section d'appel), saisie d'une demande fondée sur de nouvelles informations, refusa à son tour d'entendre de nouveau l'appel contre la mesure d'expulsion. Par la suite, l'arbitre a refusé de rouvrir l'enquête à l'issue de laquelle l'expulsion du requérant avait été ordonnée, par ce motif que l'article 35 de la *Loi sur l'immigration* autorisait la réouverture de l'enquête «à seule fin de recueillir des preuves et témoignages nouveaux, susceptibles de justifier la modification de la décision antérieure d'un arbitre». Elle a distingué la cause en instance de l'affaire *Kaur c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, dans laquelle il a été jugé qu'une enquête pouvait être rouverte par exemption constitutionnelle si la situation était «manifestement injuste», alors qu'en l'espèce, il n'y avait pas eu violation des droits du requérant, que garantit l'article 7 de la Charte.

Le requérant soutient que l'arbitre a commis une erreur en refusant de rouvrir l'enquête pour entendre l'argument de violation de l'article 7 de la Charte. Et qu'il est constitutionnellement nécessaire, lorsque les circonstances s'y prêtent, de permettre la réouverture de l'enquête pour que l'intéressé puisse y revendiquer le statut de réfugié. Il échet d'examiner s'il y a eu violation des droits que l'article 7 de la Charte garantit au requérant (c'est-à-dire s'il y a eu violation des principes de justice fondamentale) et si l'arbitre a refusé d'exercer sa compétence faute d'avoir examiné les arguments constitutionnels.

Arrêt: la demande devrait être rejetée.

Il a été jugé qu'une enquête pouvait être rouverte si le refus en constituait un déni de justice fondamentale. L'article 7 exige que le demandeur de statut de réfugié se voie accorder la possibilité de présenter les nouvelles preuves du risque de persécution dans son pays d'origine à l'autorité compétente qui doit les instruire pleinement. Tel a été le cas en l'espèce. Le requérant a eu la possibilité de présenter ses faits nouveaux, sous une forme ou sous une autre, à plusieurs autorités. Il se peut que ces faits nouveaux n'aient pas été examinés comme il aurait voulu qu'ils le fussent, mais la justice fondamentale n'exige pas telle ou telle méthode d'instruire des points de fait ou de droit. Rien, à la date de l'enquête primitive, ne privait le requérant de son droit à la justice fondamentale.

L'arbitre avait compétence pour examiner les arguments constitutionnels, et elle l'a exercée en distinguant la cause en instance de l'affaire *Kaur*. Bien que son analyse de la question constitutionnelle fût succincte, elle n'a pas refusé d'examiner cette question.

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. a

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 35(1), 43 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14), 114(2). b

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

R. v. Beare, [1988] 2 S.C.R. 387; (1988), 55 D.L.R. (4th) 481; [1989] 1 W.W.R. 97; 71 Sask. R. 1; 45 C.C.C. (3d) 57; 66 C.R. (3d) 97; 36 C.R.R. 90; 88 N.R. 205. c

DISTINGUISHED:

Kaur v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1990] 2 F.C. 209; (1989), 64 D.L.R. (4th) 317; 104 N.R. 50 (C.A.); *Mattia v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1987] 3 F.C. 492; (1987), 10 F.T.R. 170 (T.D.). d

CONSIDERED:

Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1990] 2 F.C. 299; (1990), 67 D.L.R. (4th) 697; 42 Admin. L.R. 189; 10 Imm. L.R. (2d) 137; 107 N.R. 107 (C.A.). e

REFERRED TO:

Gray v. Fortier, [1985] 2 F.C. 525; (1985), 21 D.L.R. (4th) 14; 61 N.R. 197 (C.A.); *Chandra v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, A-753-86, Thurlow C.J., judgment dated 22/5/87, F.C.A., not reported; *Ramnarian v. Minister of Employment and Immigration* (1981), 55 N.R. 67 (F.C.A.); *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Re Seaboyer and The Queen* (1987), 61 O.R. (2d) 290; 37 C.C.C. (3d) 53 (C.A.); *affid sub nom. R. v. Seaboyer, R. v. Gayme* [1991] 2 S.C.R. 577; *Longia v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 288; (1990), 44 Admin. L.R. 264; 10 Imm. L.R. (2d) 312; 114 N.R. 280 (C.A.); *Bains v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 3 F.C. 487; (1989), 61 D.L.R. (4th) 573; 47 C.R.R. 361; 8 Imm. L.R. (2d) 165 (C.A.); *Gayme v. The Queen et al.*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Armadales Communications Ltd. v. Adjudicator (Immigration Act)*, [1991] 3 F.C. 242; (1991), 127 N.R. 342 (C.A.); *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)* [1991] 2 S.C.R. 22; (1991), 81 D.L.R. (4th) 358; 91 CLLC 14,023; 126 N.R. 1; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario Labour Relations Board* [1991] 2 S.C.R. 5; (1991), 81 D.L.R. (4th) 121; 91 CLLC 14,024; 122 N.R. 361; [1991] f
g
h
i
j

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 35(1), 43 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 14), 114(2).

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

R. c. Beare, [1988] 2 R.C.S. 387; (1988), 55 D.L.R. (4th) 481; [1989] 1 W.W.R. 97; 71 Sask. R. 1; 45 C.C.C. (3d) 57; 66 C.R. (3d) 97; 36 C.R.R. 90; 88 N.R. 205.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Kaur c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1990] 2 C.F. 209; (1989), 64 D.L.R. (4th) 317; 104 N.R. 50 (C.A.); *Mattia c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1987] 3 C.F. 492; (1987), 10 F.T.R. 170 (1^{re} inst.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1990] 2 C.F. 299; (1990), 67 D.L.R. (4th) 697; 42 Admin. L.R. 189; 10 Imm. L.R. (2d) 137; 107 N.R. 107 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Gray c. Fortier, [1985] 2 C.F. 525; (1985), 21 D.L.R. (4th) 14; 61 N.R. 197 (C.A.); *Chandra c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, A-753-86, juge en chef Thurlow, jugement en date du 22-5-87, C.A.F., non publié; *Ramnarian v. Minister of Employment and Immigration* (1981), 55 N.R. 67 (C.A.F.); *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Re Seaboyer and The Queen* (1987), 61 O.R. (2d) 290; 37 C.C.C. (3d) 53 (C.A.); *conf. par* [1991] 2 R.C.S. 577; *Longia c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 3 C.F. 288; (1990), 44 Admin. L.R. 264; 10 Imm. L.R. (2d) 312; 114 N.R. 280 (C.A.); *Bains c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 3 C.F. 487; (1989), 61 D.L.R. (4th) 573; 47 C.R.R. 361; 8 Imm. L.R. (2d) 165 (C.A.); *Gayme c. La Reine et al.*, [1991] 0 R.C.S. 000; *Armadales Communications Ltd. c. Arbitre (Loi sur l'immigration)*, [1991] 3 C.F. 242; (1991), 127 N.R. 342 (C.A.); *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)* [1991] 2 R.C.S. 22; (1991), 81 D.L.R. (4th) 358; 91 CLLC 14,023; 126 N.R. 1; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)* [1991] 2 R.C.S. 5; (1991), 81 D.L.R. (4th) 121; 91 CLLC 14,024; 122 N.R. 361; [1991] OLRB Rep. 790; *Dou-*

OLRB Rep. 790; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; (1990), 91 CLLC 17,002.

glas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College, [1990] 3 R.C.S. 570; (1990), 91 CLLC 17,002.

COUNSEL:

Barbara Jackman for applicant.
Jaqueline L. Ott for respondent.

AVOCATS:

Barbara Jackman pour le requérant.
Jacqueline L. Ott pour l'intimé.

SOLICITORS:

Jackman, Joseph & Associates, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

PROCUREURS:

Jackman, Joseph & Associates, Toronto, pour le requérant.
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

LINDEN J.A.: Gur Raj Singh Grewal came to Canada from India in 1980. In the fall of 1982, Grewal, then 19 years of age, attended a public demonstration in downtown Toronto to protest against the government of India. At this demonstration were two rival groups of Sikhs with divergent views, both religious and political. Tempers flared, violence erupted, guns were fired and people were injured. During the mêlée, the applicant, Grewal, fired a gun he had been carrying at Police Constable Christopher Fernandez, while he was trying to arrest another demonstrator who had also fired his revolver. "The bullet grazed the back of [the officer's] skull, leaving a five inch furrow that took twenty-five stitches to close".¹ As a result of this event, Grewal was charged with attempted murder, was convicted on March 19, 1983, and was sentenced to 14 years in prison (later reduced on appeal to 9 years.)

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Gur Raj Singh Grewal est venu au Canada en 1980 en provenance de l'Inde. À l'automne de 1982, Grewal, qui avait alors 19 ans, participa à une manifestation publique au centre-ville de Toronto pour protester contre le gouvernement de l'Inde. À cette manifestation participaient deux groupes rivaux de Sikh dont les vues s'opposaient sur le double plan politique et religieux. Les esprits s'échauffèrent, la violence éclata, des coups de feu furent tirés et des gens blessés. Au cours de la mêlée, le requérant Grewal tira, avec une arme à main en sa possession, sur l'agent de police Christopher Fernandez, qui cherchait à arrêter un autre manifestant, lequel avait aussi tiré des coups avec son revolver. [TRADUCTION] «La balle érafla l'occiput [de l'agent], laissant un sillon de cinq pouces qui nécessitait vingt-cinq points de suture»¹. Par suite, Grewal a été inculpé de tentative de meurtre, déclaré coupable le 19 mars 1983 et condamné à une peine d'emprisonnement de 14 ans (peine subséquentement réduite en appel à 9 ans).

Late in 1985, during Grewal's incarceration at the Joyceville Penitentiary, an immigration inquiry was held and Grewal, who had been granted landed immigrant status, was ordered deported. An appeal was launched to the Immigration Appeal Board, which included a submission on Grewal's behalf that "having regard to all the circumstances of the case," he should not be deported on the basis that he "might suffer" if he were returned to India because of the

Vers la fin de l'année 1985, durant son incarcération au pénitencier de Joyceville, Grewal, qui s'était vu accorder le statut d'immigrant reçu, fit l'objet d'une mesure d'expulsion à l'issue d'une enquête d'immigration. Appel a été interjeté auprès de la Commission d'appel de l'immigration, par ce motif entre autres que, [TRADUCTION] «compte tenu de tous les faits de la cause», il ne fallait pas expulser Grewal car il [TRADUCTION] «pourrait en pâtir» s'il devait être

¹ See *Soft Target* (1989), a book which was attached as an exhibit to an affidavit filed in Court.

¹ Voir *Soft Target* (1989), ouvrage joint à titre de pièce à un affidavit versé au dossier.

publicity surrounding his crime and conviction. By the time the appeal was argued, a book entitled *Soft Target* had been published describing the events at the demonstration and the aftermath. Additional information concerning alleged human rights abuses in India had also come to light. On November 17, 1989, however, the appeal was dismissed, the Immigration Board describing as "mere speculation" Grewal's fear that he faced risk of persecution if he were returned to India. Leave to appeal to this Court was sought, but denied.

Early in February 1990, reports about Grewal's lost appeal and his imminent deportation appeared in articles in the Punjabi press. It is alleged by the applicant that these articles sparked police searches of his home village in the Punjab, and threats by the police to the villagers not to harbour him should he return there. Grewal claims he was subsequently warned by various individuals in India not to return home because they feared possible violence against him and possibly his death.

After the leave to appeal was refused by this Court, Grewal's next legal action was to apply to the Minister for relief on humanitarian and compassionate grounds, pursuant to subsection 114(2) of the Act [*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2], alleging that he would be at risk if he returned to India. It was suggested in the application that he be allowed to do the "Buffalo shuffle", that is, to be removed from Canada to the United States and then be allowed to enter Canada again immediately on a ministerial permit which would allow him to demonstrate to the authorities his successful rehabilitation. On April 19, 1990, the Minister advised that she would not intervene in Grewal's case on humanitarian and compassionate grounds.

Application was then made on behalf of Grewal to the Immigration Board (Appeal Division) to reopen the appeal from the deportation order which it had dismissed on November 17, 1989. The application was based on the new information as to the risk Grewal could face as a result of the Punjabi newspaper stories, the searches for him and the warnings. On May 16, 1990, the application to reopen the appeal

renvoyé en Inde, vu la publicité donnée à son crime et à sa condamnation. Avant que cet appel ne fût entendu, un ouvrage intitulé *Soft Target* avait été publié, qui rapportait ce qui se passait lors de la manifestation et ce qui s'en était suivi. D'autres informations concernant des cas de violation des droits de la personne en Inde avaient également vu le jour. Le 17 novembre 1989 cependant, l'appel fut rejeté, la Commission d'appel de l'immigration ayant qualifié de «pure conjecture» la crainte de Grewal d'être persécuté s'il retournait en Inde. Autorisation d'appel devant la Cour fut demandée et refusée.

Au début de février 1990, des articles sur l'appel rejeté de Grewal et sur son expulsion imminente parurent dans la presse punjabi. Le requérant soutient que ces articles ont poussé la police à faire des perquisitions dans son village natal au Punjab et à avertir avec menaces les villageois de ne pas l'abriter s'il revenait. Grewal prétend que par la suite, diverses personnes qui se trouvaient en Inde l'ont averti de ne pas rentrer car à leur avis, il risquait des actes de violence ou même la mort.

La Cour ayant refusé l'autorisation d'appel, Grewal a demandé à la ministre de revoir son cas pour raisons humanitaires, conformément au paragraphe 114(2) de la Loi [*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2], en faisant valoir que sa vie serait en danger s'il retournait en Inde. Dans sa demande, le requérant suggéra qu'on l'autorisât à recourir à l'expédient dit «Buffalo shuffle» qui consistait à le renvoyer du Canada aux États-Unis, puis à lui permettre de rentrer immédiatement au Canada en vertu d'un permis ministériel, ce qui lui permettrait de démontrer aux autorités sa pleine réadaptation sociale. Le 19 avril 1990, la ministre fit savoir qu'elle n'interviendrait pas dans le dossier de Grewal sur la base de motifs humanitaires.

Grewal demanda alors à la Commission de l'immigration (Section d'appel) d'entendre de nouveau son appel contre la mesure d'expulsion, appel qu'elle avait rejeté le 17 novembre 1989. Cette demande était fondée sur de nouvelles informations sur le risque que Grewal pourrait courir à la suite des articles de la presse punjabi, des perquisitions de la police qui le cherchait et des avertissements qu'on lui avait

was heard by the Board, which then dismissed the application.

The next day, May 17, 1990, the applicant's counsel wrote to G. R. McBrien, the Adjudicator who presided at the applicant's immigration inquiry which had taken place at the Joyceville Penitentiary. It was urged that he reopen the inquiry at which the applicant was originally ordered deported in order to permit him to register a refugee claim, something he had not done at the original inquiry since at that time he had no reason to fear his return to India. This was done pursuant to subsection 35(1) of the *Immigration Act* which reads as follows:

35. (1) Subject to the regulations, an inquiry by an adjudicator may be reopened at any time by that adjudicator or by any other adjudicator for the hearing and receiving of any additional evidence or testimony and the adjudicator who hears and receives such evidence or testimony may confirm, amend or reverse any decision previously given by an adjudicator.

According to another section of the Act, a claim for Convention refugee status is to be made at an inquiry, and should no claim be made at that time, no such claim by that person shall be considered thereafter. Subsections 43(1) and (2) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14] read:

43. (1) Before any substantive evidence is given at an inquiry, the adjudicator shall give the person who is the subject of the inquiry an opportunity to indicate whether or not the person claims to be a Convention refugee.

(2) Where, on being given an opportunity pursuant to subsection (1), the person who is the subject of the inquiry does not claim to be a Convention refugee, the inquiry shall be continued and no such claim by that person shall thereafter be received or considered at that inquiry or any application, appeal or other proceeding arising therefrom.

On May 25, 1990, Ms. J. Algar, the Adjudicator assigned to handle the matter in place of Mr. McBrien, refused to reopen the inquiry on the basis that section 35 of the *Immigration Act* allowed reopening for the "sole purpose of receiving new evidence which may lead to a change in a decision previously given by an adjudicator." She explained further that the section did not allow an adjudicator "to reopen an inquiry for the purpose of permitting a person to claim Convention Refugee Status." In doing so, the Adjudicator relied on the earlier decisions of this Court which had construed strictly section 35.

envoyés. Le 16 mai 1990, la Commission instruisit puis rejeta la demande de réouverture de l'appel.

Le lendemain, savoir le 17 mai 1990, l'avocate du requérant écrivit à G. R. McBrien, l'arbitre qui présidait l'enquête d'immigration sur le requérant au pénitencier de Joyceville. Elle lui demanda de rouvrir cette enquête à l'issue de laquelle l'expulsion du requérant fut ordonnée, afin de permettre à ce dernier de déposer une revendication du statut de réfugié, ce qu'il n'avait pas fait lors de l'enquête initiale puisqu'à ce moment-là, il n'avait aucune raison de redouter son retour en Inde. Cette démarche était faite en application du paragraphe 35(1) de la *Loi sur l'immigration*, que voici:

35. (1) Sous réserve des règlements, l'arbitre peut, à tout moment, rouvrir une enquête—menée ou non par lui—afin d'entendre de nouveaux témoignages et de recevoir d'autres éléments de preuve; le cas échéant, il peut confirmer, modifier ou infirmer la décision antérieure.

Selon une autre disposition de la Loi, la revendication du statut de réfugié se fait à l'enquête même, faute de quoi l'intéressé ne sera plus en droit de revendiquer ce statut par la suite. Les paragraphes (1) et (2) de l'article 43 [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 14] portent:

43. (1) Avant que ne soient présentés des éléments de preuve au fond, l'arbitre donne à la personne qui fait l'objet de l'enquête la possibilité de faire savoir si elle revendique le statut de réfugié au sens de la Convention.

(2) En l'absence de la revendication visée au paragraphe (1), l'enquête se poursuit et la question du statut de réfugié ne peut plus être prise en considération au cours de l'enquête ni au cours des demandes, appels ou autres procédures qui en découlent.

Le 25 mai 1990, Mme J. Algar, chargée du dossier à la place de M. McBrien, refusa de rouvrir l'enquête motif pris que l'article 35 de la *Loi sur l'immigration* autorisait la réouverture de l'enquête [TRADUCTION] «à seule fin de recueillir des preuves et témoignages nouveaux, susceptibles de justifier la modification de la décision antérieure d'un arbitre». Elle expliqua encore que cet article ne permettait pas à un arbitre [TRADUCTION] «de rouvrir l'enquête pour permettre à l'intéressé de revendiquer le statut de réfugié au sens de la Convention». Dans sa décision, l'arbitre s'est fondée sur des décisions antérieures par lesquelles

(*Gray v. Fortier*, [1985] 2 F.C. 525 (C.A.); *Chandra v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, A-753-86, F.C.A. May 22, 1987; *Ramnarian v. Minister of Employment and Immigration* (1981), 55 N.R. 67 (F.C.A.)). The Adjudicator distinguished *Kaur v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 F.C. 209 (C.A.) on the basis that there was "no violation of (the applicant's) rights under Section 7 of the Charter at his inquiry." Leave to commence a section 28 application to this Court was sought and was granted by Mr. Justice Heald J.A. on August 2, 1990.

At the time the matter was heard by this Court, counsel for the applicant was unable to say with certainty where Grewal was, although she indicated that his solicitor had been in communication with him. She stated that he was no longer in Canada, having been deported to India in May of 1990. No evidence was brought before this Court of any serious problems encountered by Grewal since his return to India.

In a thorough and powerful argument, counsel for the applicant contended that the Adjudicator erred in refusing to reopen the 1985 inquiry on the basis that section 7 of the Charter was violated. It is plain that the jurisprudence of this Court does not normally permit a reopening of an inquiry in order to make a refugee claim. (*Gray v. Fortier, Chandra, Ramnarian, supra.*) Section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]], however, is relied on by counsel in arguing that it is now constitutionally necessary, in appropriate circumstances, to permit the reopening of a hearing for this purpose. Section 7 reads:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

It has already been determined that the deportation of refugees infringes their right to security of the person. (*Singh et al. v. Minister of Employment and*

cette Cour avait donné une interprétation stricte de l'article 35 (*Gray c. Fortier*, [1985] 2 C.F. 525 (C.A.); *Chandra c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, A-753-86, C.A.F., 22 mai 1987; *Ramnarian v. Minister of Employment and Immigration* (1981), 55 N.R. 67 (C.A.F.)). L'arbitre a distingué la cause en instance de l'affaire *Kaur c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 2 C.F. 209 (C.A.) par ce motif qu'il n'y avait pas [TRADUCTION] «violation des droits (du requérant) garantis par l'article 7 de la Charte, au cours de son enquête». Autorisation de saisir la Cour d'une demande fondée sur l'article 28 fut subséquemment accordée par le juge Heald, J.C.A., le 2 août 1990.

Le jour où la cause fut venue en bon ordre devant la Cour, l'avocate du requérant n'était pas en mesure de dire avec certitude où se trouvait celui-ci, tout en faisant savoir que son procureur avait communiqué avec lui. Elle déclara qu'il ne se trouvait plus au Canada, ayant été expulsé en Inde en mai 1990. Aucune preuve n'a été produite devant la Cour de difficultés graves que Grewal aurait rencontrées depuis son retour en Inde.

Par une argumentation détaillée et solide, l'avocate du requérant soutenait que l'arbitre avait commis une erreur en refusant de rouvrir l'enquête pour instruire l'argument de violation de l'article 7 de la Charte. Il est constant que la jurisprudence établie par cette Cour ne permet normalement pas la réouverture d'une enquête pour que l'intéressé puisse y revendiquer le statut de réfugié (Voir *Gray c. Fortier, Chandra, Ramnarian*, précité). L'avocate du requérant s'est cependant fondée sur l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] pour soutenir qu'il est maintenant constitutionnellement nécessaire de permettre la réouverture de l'enquête à cette fin, lorsque les circonstances s'y prêtent. L'article 7 porte:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Il a été jugé que l'expulsion des réfugiés porte atteinte à leur droit à la sécurité de leur personne (*Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immi-*

Immigration, [1985] 1 S.C.R. 177. This, of course, does not mean that people cannot be deported for good reason, that is, as long as there is no violation of the principles of fundamental justice. Thus, for example, a person may be deported if he commits a serious crime. Mr. Justice Pratte of this Court has declared in *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 F.C. 299 (C.A.) [at page 310]:

There is no injustice in requiring the deportation of a person who has lost the right to remain in the country; there is no injustice, either, in prescribing that a foreigner who has been admitted here as a permanent resident will lose the right to remain in the country if he is found guilty of an offence which, in itself, Parliament considers to be serious.

Hence, it is permissible to deport a permanent resident for the commission of a serious offence without violating the Charter, as long as fundamental justice has been accorded to that person before doing so. The question, therefore, is whether there has been a violation of the principles of fundamental justice in this case. The legislation and the earlier jurisprudence of this Court must yield to the dictates of section 7.

In *Kaur v. M.E.I.*, *supra*, it was held that a constitutional exemption may be granted in appropriate circumstances, pursuant to which an inquiry may be reopened. This will be done if the situation is “manifestly unfair”, to use Mr. Justice Heald’s words, or “remarkable”, to use the language of Madam Justice Desjardins in *Kaur*, *supra*, at pages 324 and 334, following Grange J.A. in *Re Seaboyer and The Queen* (1987), 61 O.R. (2d) 290, (C.A.) (affirmed on other grounds by S.C.C. Aug. 22, 1991, [1991] 2 S.C.R. 577.) This Court has held in the past, pursuant to the Charter, that inquiries may be reopened where it would be a denial of fundamental justice not to do so. Thus, it has been held that where a person failed to make a refugee claim at the time of the inquiry because of duress (*Kaur v. M.E.I.*, *supra*) or because of mental disability (*Mattia v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1987] 3 F.C. 492 (T.D.)), an inquiry may be reopened. If there is a denial of natural justice during the original inquiry, the Board could treat its earlier decision as a nullity and reopen it in order to avoid the denial of fundamental justice. (*Longia v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 288

gration, [1985] 1 R.C.S. 177. Cela ne signifie bien entendu pas que les gens ne peuvent être expulsés pour une bonne raison, c’est-à-dire pour autant qu’il n’y ait pas violation des principes de justice fondamentale. Ainsi, par exemple, une personne peut être expulsée si elle a commis un crime grave. Le juge Pratte de la Cour de céans s’est prononcé en ces termes dans *Chiarelli c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1990] 2 C.F. 299 (C.A.) [à la page 310]:

En effet, il n’est nullement injuste d’exiger l’expulsion d’une personne qui a perdu le droit de demeurer au pays. Il n’est pas injuste non plus de prescrire qu’un étranger admis chez nous comme résident permanent perdra le droit d’y demeurer s’il est déclaré coupable d’une infraction que le Parlement juge grave en elle-même.

Il s’ensuit qu’il est possible d’expulser un résident permanent qui a commis un crime grave, sans qu’il y ait atteinte à la Charte tant que les principes de justice fondamentale auront été observés au préalable à son égard. Il échet donc d’examiner s’il y a eu en l’espèce violation des principes de justice fondamentale. La législation et la jurisprudence antérieure de cette Cour doivent le céder aux prescriptions de l’article 7.

Dans *Kaur c. M.E.I.*, *supra*, il a été jugé qu’une exemption constitutionnelle pouvait être accordée dans des cas exceptionnels, grâce à laquelle une enquête pouvait être rouverte. Tel serait le cas si la situation est «manifestement injuste», pour citer le juge Heald, ou «remarquable», pour citer Mme le juge Desjardins dans *Kaur*, *supra*, en pages 324 et 334, reprenant à leur compte les conclusions tirées par le juge Grange de la Cour d’appel de l’Ontario dans *Re Seaboyer and The Queen* (1987), 61 O.R. 290 (C.A.) (confirmé par d’autres motifs par C.S.C., 22 août 1991, [1991] 2 R.C.S. 577). La Cour de céans a jugé par le passé qu’en application de la Charte, une enquête pouvait être rouverte si le refus en constituait un déni de justice fondamentale. C’est ainsi qu’il a été jugé que si une personne ne revendiquait pas le statut de réfugié au moment de l’enquête sous l’effet de la contrainte (*Kaur c. M.E.I.*, *supra*) ou en raison d’une incapacité mentale (*Mattia c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1987] 3 C.F. 492 (1^{re} inst.)), l’enquête pouvait être rouverte. S’il y a un déni de justice naturelle lors de l’enquête primitive, la Commission pourrait considérer sa première décision comme nulle et rouvrir l’enquête pour qu’il n’y

(C.A.)). Moreover, an extension of time to apply for a redetermination beyond the rigid limits prescribed by the *Immigration Act* may also be required by section 7 (*Bains v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 3 F.C. 487 (C.A.)).

In the circumstances of this case, therefore, have the section 7 rights of the applicant been violated? Unlike the applicants before the Court in *Mattia* and *Kaur*, the applicant does not point to the original hearing itself to demonstrate the unfairness of his situation. There were no circumstances at the time of the original hearing which denied him fundamental justice. What the applicant points to are circumstances which arose after the time of the original hearing which he argues he should be allowed to place before a reopened inquiry in order to have his section 7 rights respected.

In my view, the Canadian justice system has not unfairly closed its doors on this applicant. Rather, he has already had the opportunity to present his new facts, in one form or another, to several authoritative bodies, without success. These new facts may not have been examined in the particular way he would have liked them to be, but fundamental justice does not mandate a particular method of dealing with legal or factual issues. Although a particular method of dealing with legal or factual issues is not demanded, what is required by the terms of section 7, in cases such as the instant case, is that the refugee claimant be given an ample opportunity to have new evidence of potential persecution in his home country heard and fully considered by an authoritative body. Clearly, such a requirement has been met in this case through the applicant's submission in the proceedings subsequent to his original hearing. When the applicant appealed the 1985 decision deporting him, he argued his new facts, for the first time, before a Board, stating that he was at risk if he were returned to India. The Board heard that argument, assessed that evidence and rejected it as "mere speculation." Further, when the applicant appealed to the Minister on compassionate and humanitarian grounds, he relied, for a second time, on the new facts about the danger he would face if he returned to India. The

ait pas déni de justice fondamentale (*Longia c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 3 C.F. 288 (C.A.)). En outre, l'article 7 peut forcer la prorogation du délai de demande de nouvelle décision au-delà du délai rigide prévu par la *Loi sur l'immigration (Bains c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 3 C.F. 487 (C.A.)).

Y a-t-il eu donc en l'espèce violation des droits que l'article 7 garantit au requérant? Contrairement aux requérants qui avaient saisi la Cour dans les deux causes *Mattia* et *Kaur*, ce requérant ne se plaint pas d'une injustice tenant à l'enquête primitive. Rien, à la date de cette enquête, ne le privait de son droit à la justice fondamentale. Ce qu'il relève, ce sont les circonstances survenues après l'enquête primitive, et il soutient qu'il devrait être en mesure de les faire valoir au cours d'une nouvelle enquête pour assurer le respect des droits que lui garantit l'article 7.

À mon avis, la justice canadienne n'a pas, de façon inique, fermé sa porte au requérant. Au contraire, celui-ci a eu la possibilité de présenter ses faits nouveaux, sous une forme ou sous une autre, à plusieurs autorités, sans qu'il ait réussi à les convaincre. Il se peut que ces faits nouveaux n'aient pas été examinés comme il aurait voulu qu'ils le fussent, mais la justice fondamentale n'exige pas l'observation de telle ou telle méthode d'instruire des points de droit ou de fait. Ce qu'exige l'article 7 dans les cas comme celui qui nous intéresse en l'espèce, c'est que le demandeur de statut de réfugié se voie accorder la possibilité de présenter les nouvelles preuves du risque de persécution dans son pays d'origine, à l'autorité compétente qui doit les instruire convenablement. Il est manifeste que cette obligation a été remplie, à travers l'instruction des arguments présentés par le requérant après l'enquête primitive. En formant appel contre la mesure d'expulsion de 1985, l'intéressé a fait valoir ses faits nouveaux, pour la première fois, devant un comité pour soutenir que sa vie serait menacée s'il était renvoyé en Inde. Le comité a entendu cet argument et l'a rejeté comme «pure conjecture». En outre, lorsque le requérant a demandé à la ministre d'intervenir sur la base de motifs humanitaires, il a fait valoir pour la deuxième fois le fait nouveau que sa vie serait en danger s'il retournait en Inde. En rejetant

Minister, in rejecting his claim, presumably considered this new evidence and was not persuaded. Later, when he sought to reopen the 1989 decision of the Appeal Division, he argued, for the third time, his new facts that he was at risk and again he was unsuccessful. In launching his last application to reopen the 1985 inquiry, which is under attack here, the applicant sought to rely, for a fourth time, on the new facts of the danger he would now face if he were to be returned to India, and again he was not successful in convincing the Adjudicator to reopen the inquiry. He, nevertheless, comes to this Court and urges that his section 7 rights were violated by the Adjudicator. I am not persuaded. The applicant has had ample opportunity to convince various tribunals of the importance of his new facts, and each time he has failed. That is not a denial of fundamental justice. As Mr. Justice La Forest stated in another context in *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387 [at page 412]:

... s. 7 of the *Charter* guarantees fair procedures but it does not guarantee the most favourable procedures that can possibly be imagined.

The Court received submissions from counsel in respect of the the desirability of striking down the legislation, or part thereof, and the possibility of granting a constitutional exemption to the applicant. Since the oral hearing of this section 28 [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7] application, the Supreme Court of Canada's decisions in *R. v. Seaboyer*, and in *R. v. Gayme*, [1991] 2 S.C.R. 577, have been pronounced (August 22, 1991). Madam Justice McLachlin's analysis at pages 41 to 44 of her reasons for judgment canvasses the issue of constitutional exemptions. However, since, in the case at bar, the Court has found that the applicant's section 7 rights have not been violated, it becomes unnecessary to determine whether the legislation (or part thereof) should be declared of no force and effect or whether a constitutional exemption would have been a valid option in the instant case.

It was argued, both orally and in written briefs following the oral hearing, that the adjudicator refused to exercise her jurisdiction in failing to consider the constitutional arguments raised in this case. Following the oral argument in this appeal, another panel of

sa demande, la ministre doit avoir examiné cette nouvelle preuve qu'elle n'a pas dû trouver convaincante. Par la suite, lorsqu'il a demandé à la Section d'appel de revoir sa décision de 1989, il a fait valoir pour la troisième fois les faits nouveaux établissant que sa vie était en danger et, encore une fois, il a échoué. Par cette demande visant à rouvrir l'enquête de 1985, laquelle est attaquée en l'espèce, le requérant a fait valoir, pour la quatrième fois, les faits nouveaux sur le danger qui le menacerait s'il était renvoyé en Inde et, de nouveau, il n'a pas réussi à persuader l'arbitre de rouvrir l'enquête. Cela ne l'a pas empêché de saisir la Cour en soutenant que les droits que lui garantit l'article 7 ont été violés par l'arbitre. Je n'en suis pas convaincu. Le requérant a eu pleinement la possibilité de convaincre différentes instances administratives de l'importance de ses faits nouveaux, et chaque fois il a échoué. Il n'y a pas eu déni de justice fondamentale. On peut citer à ce propos cette conclusion tirée par le juge La Forest dans un autre contexte dans *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387 [à la page 412]:

... l'art. 7 de la *Charte* garantit des procédures équitables sans pour autant garantir les procédures les plus favorables que l'on puisse imaginer.

Des arguments ont été présentés à la Cour au sujet de l'opportunité de déclarer inconstitutionnel tout ou partie des dispositions législatives applicables en la matière, et de la possibilité d'une exemption constitutionnelle à accorder au requérant. Depuis l'audition orale de cette demande fondée sur l'art. 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7], la Cour suprême du Canada a rendu ses deux arrêts *R. c. Seaboyer* et *R. c. Gayme*, [1991] 2 R.C.S. 577 (22 août 1991). La question des exemptions constitutionnelles a fait l'objet d'une analyse en pages 41 à 44 des motifs de jugement de Mme le juge McLachlin. En l'espèce cependant, comme la Cour a conclu que les droits que l'article 7 garantit au requérant n'ont pas été violés, il est inutile d'examiner s'il faut déclarer inconstitutionnel tout ou partie des dispositions législatives applicables ou si l'exemption constitutionnelle serait une option valide en l'espèce.

Le requérant a soutenu, dans son argumentation orale et par mémoires soumis subséquemment, que l'arbitre a refusé d'exercer sa compétence faute d'avoir examiné les arguments constitutionnels présentés dans cette affaire. À l'issue de l'argumentation

this Court decided that adjudicators possess the jurisdiction to consider constitutional arguments because they are “vested with the ‘practical capability’ to decide questions of law including questions touching the application and supremacy of the Charter” and may “find a legislative provision inconsistent with the Charter” (see Hugessen J.A. at page 247 and page 249 in *Armada Communications Ltd. v. Adjudicator (Immigration Act)*, [1991] 3 F.C. 242 (C.A.), following *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22. See also *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)* [1991] 2 S.C.R. 5; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570). Hence this Adjudicator had that power and did exercise it in this case (even though we are told the constitutional arguments were not raised before her) when she wrote:

... this case is distinguished from *Kaur* in that there had been no violations of (the Applicant’s) rights under Section 7 of the Charter at his inquiry.

It may be that her analysis of the constitutional issue was not all that it might have been, but she did not refuse to consider the constitutional question. Hence, she did not fail to exercise her jurisdiction so as to render her decision faulty.

Because of the conclusion I have reached that the Adjudicator did not err in the result, there is no need, in this case, to consider the detailed arguments about the remedial powers that may be exercised by Adjudicators, which were so fully argued in the written briefs.

This section 28 application, therefore, will be dismissed.

HEALD J.A.: I agree.

MACGUIGAN J.A.: I agree.

orale en appel, un autre collège de la Cour a décidé que les arbitres avaient compétence pour examiner les arguments constitutionnels, puisqu’ils avaient la «capacité pratique» de rendre des décisions sur des questions de droit, notamment sur les questions relatives à l’application et à la suprématie de la Charte et qu’il leur était loisible de «juger une disposition législative incompatible avec la Charte». (Voir les motifs de jugement du juge Hugessen, J.C.A., aux pages 247 et 249, *Armada Communications Ltd. c. Arbitre (Loi sur l’immigration)*, [1991] 3 C.F. 242 (C.A.), adoptant *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l’emploi et de l’immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22. Voir aussi *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)* [1991] 2 R.C.S. 5; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570. Il s’ensuit que l’arbitre était investie de ce pouvoir, qu’elle a effectivement exercé en l’espèce (bien que la Cour ait été informée qu’elle n’était pas saisie d’arguments constitutionnels) comme en témoigne cette conclusion:

[TRADUCTION] ... il faut distinguer cette affaire de la cause *Kaur* attendu qu’il n’y a pas eu violation dans cette enquête des droits (du requérant) prévus à l’article 7 de la Charte.

Il se peut que son analyse de la question ne fût pas du tout celle qu’elle aurait dû être, mais elle n’a pas refusé d’examiner la question constitutionnelle. Il s’ensuit qu’elle n’a pas manqué à l’exercice de sa compétence, ce qui aurait entaché sa décision.

Ayant conclu que l’arbitre n’a pas commis une erreur en fin de compte, je juge inutile d’examiner les arguments détaillés que présentaient les mémoires écrits sur les pouvoirs de réparation des arbitres.

Par ces motifs, la demande fondée sur l’article 28 sera rejetée.

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

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

A-993-90
A-222-91A-993-90
A-222-91Joseph Orelie and Marie Aurelien (*Applicants*)Joseph Orelie et Marie Aurelien (*requérants*)

v.

a c.

The Minister of Employment and Immigration
(*Respondent*)Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration
(*intimé*)*INDEXED AS: ORELIE v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (C.A.)*b *RÉPERTORIÉ: ORELIE c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)*

Court of Appeal, Heald, Mahoney and Stone J.J.A.—Winnipeg, November 6 and 7; Ottawa, November 22, 1991.

c Cour d'appel, juges Heald, Mahoney et Stone, J.C.A.—Winnipeg, 6 et 7 novembre; Ottawa, 22 novembre 1991.

Immigration — Refugee status — Applicants found by adjudicator and Refugee Division member to have no credible basis for Convention refugee claims — Departure notices issued, not complied with — Deportation orders made after second inquiry — Applicants' arguments based on Charter, Bill of Rights, international law and merits of case — Scheme of Immigration Act, ss. 46(2), 46.01 analysed — Burden of proof as to credible basis on claimant — First and second level hearings distinguished — Charter, s. 7, Bill of Rights, s. 2(e) not offended by Immigration Act, s. 46(2) — Failure of tribunal to refer to matters required to consider by s. 46.01(6).

d *Immigration — Statut de réfugié — Un arbitre et un membre de la section du statut ont conclu que les revendications du statut de réfugiés au sens de la Convention des requérants n'avaient pas un minimum de fondement — Les requérants ne se sont pas conformés aux avis d'interdiction de séjour — Des mesures d'expulsion ont été prises après la seconde enquête — Les moyens des requérants se fondent sur la Charte, la Déclaration des droits, le droit international et le bien-fondé de l'affaire — Étude de l'économie des art. 46(2) et 46.01 de la Loi sur l'immigration — Le demandeur a l'obligation de prouver le minimum de fondement de sa revendication — Distinction faite entre les premier et second paliers d'audience — L'art. 46(2) de la Loi sur l'immigration n'est pas incompatible avec l'art. 7 de la Charte et ni avec l'art. 2e) de la Déclaration des droits — Le tribunal n'a pas mentionné les questions que l'art. 46.01(6) lui impose de considérer.*

The applicants, both Haitians, were subject to departure notices after they had been found by an adjudicator and Refugee Division member to have no credible basis for their claims to be Convention refugees. Having disobeyed the departure notices, another inquiry was held and they were found ineligible to have new Convention refugee claims dealt with; deportation orders were made. These decisions and orders gave rise to applications under the *Federal Court Act*, section 28 to review the no credible evidence finding and to set aside the deportation orders. Whether the deportation orders were lawful depends on the legality of the departure notices which, in turn, depends on the legality of the initial determination that there was no credible evidence upon which the Refugee Division could find them to be Convention refugees. The applicants' arguments were based on: 1) the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the *Canadian Bill of Rights* 2) international law and 3) the merits of the case.

e f Les requérants, tous deux Haïtiens, ont fait l'objet d'avis d'interdiction de séjour après qu'un arbitre et un membre de la section du statut de réfugié aient conclu que leurs revendications du statut de réfugiés au sens de la Convention n'avaient pas un minimum de fondement. Comme les requérants ne se sont pas conformés aux avis d'interdiction de séjour, une autre enquête a été tenue au terme de laquelle on a conclu qu'ils n'étaient pas admissibles à présenter de nouvelles revendications du statut de réfugié au sens de la Convention, et des mesures d'expulsion ont été prises. Ces décisions et ordonnances ont fait l'objet de demandes fondées sur l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* visant à obtenir la révision de la décision concluant au manque d'un minimum de fondement des revendications et l'annulation des mesures d'expulsion. La légalité des mesures d'expulsion dépend de la légalité des avis d'interdiction de séjour, laquelle dépend à son tour de la légalité de la décision initiale concluant à l'absence d'éléments crédibles sur lesquels la section du statut pouvait se fonder pour reconnaître aux requérants le statut de réfugiés au sens de la Convention. Les moyens des requérants se fondaient sur 1) la *Charte canadienne des droits et libertés* et la *Déclaration canadienne des droits* 2) le droit international et 3) le bien-fondé de l'affaire.

Held, the applications should be allowed.

j *Arrêt:* les demandes devraient être accueillies.

1) Either paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* or section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is engaged when a person claims to be a Convention refugee. The applicants argued that these provisions were infringed on five different grounds: i) the participation of an adjudicator, ii) the adversarial role of the case presenting officer, iii) the burden of proof, iv) the denial of credible basis and v) the adequacy of judicial review.

i) It was argued that adjudicators, being immigration judges, tend to view refugee claimants as a threat to the integrity of the scheme of the *Immigration Act*. The preliminary determination by an adjudicator that, but for the claim to be a Convention refugee, a person would not be entitled to enter or remain in Canada does not prejudice the validity of the refugee claim. Institutional partiality on the part of the adjudicator is not inherent in the scheme of the Act. There was no evidence to support the allegation of institutional bias. The recognition of the right of genuine Convention refugees to remain in Canada is as much part and parcel of the scheme of the Act as anything else adjudicators may be called upon to decide. ii) Paragraph 200 of the *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*, which says that the examiner must gain the confidence of the applicant, does not contemplate an adversarial screening process. It is the claimant's counsel not the case presenting officer who, in the scheme of the Act, is called upon to gain the claimant's confidence and assist in putting the case forward. There is nothing inherently offensive to fundamental justice in an adversarial proceeding. The adversarial role of the case presenting officer at the credible basis hearing does not impair any right accorded a refugee claimant by section 7 of the Charter or paragraph 2(e) of the Bill of Rights. iii) According to the Act, subsection 46(2), the claimant must prove that his claim is eligible for determination by the Refugee Division and has a credible basis. The applicants submitted that such requirement is a denial of fundamental justice. However, they failed to make a distinction between first and second level hearings. At the second level hearing, where the issue is whether or not the claimant is, in fact, a Convention refugee, there is a weighing of evidence by the Refugee Division and room for the benefit of the doubt. But all the first level panel is entitled to do is determine whether there is any credible evidence upon which the Refugee Division, at the second level, might determine the claimant to be a Convention Refugee. There is no weighing of conflicting evidence at that stage and no room for benefit of the doubt. Neither the Charter nor Bill of Rights are offended by subsection 46(2) of the Act. iv) The argument that because a no credible basis determination denies the claimant the right to remain in Canada pending judicial review, this amounts to a denial of the right to a fair hearing in accordance with the principles of natural justice is not really an attack on the power of the first level tribunal to find no credible basis; it is an attack on the potential consequences of such a finding. The adjudicator correctly decided that he had no authority to direct that the applicants be allowed to remain in Canada pending judicial review. Whether execution of a deportation order ought to be stayed for that purpose is a question for the Court. There is no merit in the argument that the

1) La revendication du statut de réfugié au sens de la Convention fait entrer en jeu l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* ou l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les requérants affirment que ces dispositions ont été violées à cinq égards différents par ce qui suit: i) la participation d'un arbitre, ii) le rôle d'adversaire de l'agent chargé de présenter le cas, iii) le fardeau de la preuve, iv) la faculté de nier le minimum de fondement de la revendication et v) le caractère suffisant du contrôle judiciaire.

i) On a fait valoir que l'arbitre, étant un juge de l'immigration, a tendance à considérer les demandeurs comme une menace à l'intégrité de l'économie de la *Loi sur l'immigration*. La conclusion préliminaire de l'arbitre que, ne serait-ce de la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention, une personne n'aurait pas le droit d'entrer au Canada ou d'y demeurer ne préjuge nullement de la validité de la revendication du statut de réfugié. La partialité institutionnelle de l'arbitre n'est pas inhérente à l'économie de la Loi. Aucune preuve ne donne créance à l'existence de la partialité institutionnelle. La reconnaissance du droit des authentiques réfugiés au sens de la Convention de demeurer au Canada fait tout autant partie de l'économie de la Loi que toute autre chose sur laquelle les arbitres peuvent avoir à se prononcer. ii) Le paragraphe 200 du *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié*, qui dit que l'examineur doit mettre le demandeur en confiance, n'envisage pas un processus de sélection de type accusatoire. C'est l'avocat du demandeur et non l'agent chargé de présenter le cas qui, selon l'économie de la Loi, doit mettre le demandeur en confiance et l'aider à exposer son cas. La procédure de type accusatoire ne comporte rien d'essentiellement contraire à la justice fondamentale. Le rôle d'adversaire de l'agent chargé de présenter le cas au premier palier d'audience ne nuit à aucun droit accordé au demandeur de statut par l'article 7 de la Charte ou l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*; iii) Selon le paragraphe 46(2) de la Loi, le demandeur de statut doit prouver que sa revendication est recevable par la section du statut de réfugié et qu'elle a un minimum de fondement. Les requérants affirment que cette obligation constitue un déni de justice fondamentale. Ils ne font toutefois aucune distinction entre le premier et le second paliers d'audience. À ce dernier palier, où il s'agit de décider si le demandeur est réellement un réfugié au sens de la Convention, la section du statut soupèse les éléments de preuve, et il y a place au bénéfice du doute. Tout ce qu'a à faire le premier palier, c'est de déterminer s'il existe des éléments crédibles ou dignes de foi sur lesquels la section du statut, au second palier, peut se fonder pour reconnaître au demandeur le statut de réfugié au sens de la Convention. Il ne s'agit pas à ce stade de soupeser des éléments de preuve contradictoires et il n'y a pas place au bénéfice du doute. Il n'existe aucune incompatibilité entre le paragraphe 46(2) de la Loi et la Charte ou la Déclaration des droits. iv) Les requérants font valoir que puisque la conclusion selon laquelle la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention n'a pas un minimum de fondement prive le demandeur de statut de son droit de demeurer au Canada en attendant le contrôle judiciaire, une conclusion défavorable constitue nécessairement un déni du droit à un procès équitable en conformité avec les prin-

power of the first level tribunal to find no credible or trustworthy evidence upon which the Refugee Division might find a claimant to be a Convention refugee and the consequent power of the adjudicator to order deportation offend either section 7 of the Charter or paragraph 2(e) of the Bill of Rights. v) Under paragraph 28(1)(c) of the *Federal Court Act*, this Court is entitled to set aside a decision finding no credible basis only if the tribunal based its decision on an erroneous finding of fact and made the finding in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it. The applicants' submission that this is too narrow a basis of judicial review to satisfy the requirements of fundamental justice is not relevant to any issue before the Court in either of the applications herein.

2) The credible basis hearing is said to violate Canada's obligations under the Fourth Geneva Convention, Protocol II to the Geneva Conventions and a customary norm of temporary refuge. Those international instruments and laws have the force of domestic law in Canada and can be enforced in the courts of Canada at the suit of a private individual. However, the duty or intention to execute a deportation order which would breach those laws does not in any way colour the process, under the *Immigration Act*, by which a person from a country like Haiti may be determined not to have a credible basis for a claim to be a Convention refugee or the making of a deportation order consequent to that finding. These issues are not questions with which the first level tribunal or the adjudicator alone in making their decisions and orders nor this Court in reviewing them can be concerned.

3) The applicants argued that the tribunal misunderstood their argument and insisted that all Haitians outside Haiti have a credible basis for claiming to be refugees. It is not axiomatic that nationals of a country who have escaped that country may not have a well founded fear of persecution by reason of their nationality should they be returned. There is ample evidence as to conditions in Haiti on the record. The tribunal did not refer at all to the matters which paragraphs (a) and (b) of subsection 46.01(6) required it to consider. Given the tribunal's misstatement of the argument based on nationality, it must not be assumed that the evidence was considered properly. There is nothing to distinguish the applicants' claim to be persecuted by reason of membership in that particular social group of poor and disadvantaged people from their claim to be persecuted by

cipes de justice naturelle. Il ne n'agit pas là réellement de la contestation du pouvoir du premier palier d'audience de conclure à l'absence du minimum de fondement de la revendication; il s'agit d'une attaque dirigée contre les conséquences possibles de cette conclusion. L'arbitre a correctement décidé qu'il n'était pas habilité à ordonner qu'il soit permis aux requérants de demeurer au Canada en attendant le contrôle judiciaire. Il appartient à la Cour de déterminer s'il y a lieu de surseoir à l'exécution de la mesure d'expulsion à cette fin. L'argument selon lequel la faculté du premier palier d'audience de conclure à l'absence d'éléments crédibles et dignes de foi sur lesquels la section du statut peut se fonder pour reconnaître au demandeur le statut de réfugié au sens de la Convention, et la faculté résultante de l'arbitre d'ordonner l'expulsion sont incompatibles avec l'alinéa 2e) de la Déclaration des droits, n'a aucun bien-fondé. v) Selon l'alinéa 28(1)c) de la *Loi sur la Cour fédérale*, cette Cour ne peut annuler la décision concluant à l'absence d'un minimum de fondement que si le tribunal qui l'a rendue a fondé sa décision sur une conclusion de fait erronée et s'il a tiré celle-ci de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments de preuve dont il disposait. La prétention des requérants voulant que le contrôle judiciaire ait là une assise trop étroite pour satisfaire aux exigences de la justice fondamentale ne concerne aucune des questions dont est saisie la Cour dans le cadre des présentes demandes.

2) On affirme que l'audience sur le minimum de fondement viole les obligations du Canada aux termes de la Quatrième Convention de Genève et du Protocole II des Conventions de Genève et la règle habituelle du refuge temporaire. Ces lois et instruments internationaux ont force de loi interne au Canada et ils peuvent être mis à exécution par les tribunaux canadiens sur demande d'un particulier. Toutefois, l'obligation ou l'intention d'exécuter une mesure d'expulsion qui violerait les lois susmentionnées ne vicie nullement, d'une part, le processus prévu par la *Loi sur l'immigration*, en vertu duquel la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention d'une personne venant d'un pays comme Haïti peut être considérée comme dépourvue d'un minimum de fondement, et d'autre part, la prise d'une mesure d'expulsion consécutive à cette conclusion. Ces questions ne sont pas des matières dont doivent se préoccuper le premier palier d'audience ou l'arbitre seul lorsqu'ils rendent leur décision ou prennent une mesure d'expulsion, ni cette Cour lorsqu'elle en fait la révision.

3) Les requérants ont prétendu que le tribunal a mal compris leur moyen, et ils ont insisté pour dire que tous les Haïtiens à l'extérieur de Haïti peuvent revendiquer avec un minimum de fondement la qualité de réfugiés. Il ne va pas de soi que les nationaux d'un pays qui ont fui ce dernier ne puissent pas craindre avec raison d'être persécutés du fait de leur nationalité s'ils étaient renvoyés dans ce pays. Le dossier contient de nombreux éléments de preuve relatifs aux conditions existantes à Haïti. Le tribunal n'a nullement fait mention des questions qu'il doit expressément examiner aux termes des alinéas a) et b) du paragraphe 46.01(6). Étant donné la formulation erronée par le tribunal du moyen fondé sur la nationalité, on ne doit pas présumer que les éléments de preuve ont été considérés de façon appropriée. Rien ne distingue la prétention des requé-

reason of Haitian nationality itself. The first level tribunal did err in approaching the applicants' claim on the merits as it did.

rants d'être persécutés du fait de leur appartenance à ce groupe social particulier de personnes pauvres et déshéritées, de leur prétention d'être persécutés du fait de leur nationalité haïtienne elle-même. Le premier palier d'audience a commis une erreur en considérant la revendication des requérants selon son bien-fondé comme il l'a fait.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Bill of Rights, R.S.C., 1985, Appendix III, s. 2(e).

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

Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33.

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 28, 52.

Geneva Conventions Act, R.S.C., 1985, c. G-3, s. 2 (as am. by S.C. 1990, c. 14, s. 1).

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 46(1),(2) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14), 46.01, 46.02 (as am. *idem*).

Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52.

United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086; (1990), 73 D.L.R. (4th) 686; 43 C.P.C. (2d) 165; 112 N.R. 362; *Leung v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1990), 74 D.L.R. (4th) 313; 12 Imm. L.R. (2d) 43 (F.C.A.); *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; (1987), 44 D.L.R. (4th) 193; 37 C.C.C. (3d) 1; 61 C.R. (3d) 1; 80 N.R. 161.

CONSIDERED:

MacBain v. Lederman, [1985] 1 F.C. 856; (1985), 22 D.L.R. (4th) 119; 16 Admin. L.R. 109; 6 C.H.R.R. D/3064; 85 CLLC 17,023; 18 C.R.R. 165; 62 N.R. 117 (C.A.); *Canadian Council of Churches v. Canada*, [1990] 2 F.C. 534; (1990), 106 N.R. 61 (C.A.).

REFERRED TO:

Valente v. The Queen et al., [1985] 2 S.C.R. 673; (1985), 52 O.R. (2d) 779; 24 D.L.R. (4th) 161; 23 C.C.C. (3d) 193; 49 C.R. (3d) 97; 19 C.R.R. 354; 37 M.V.R. 9; 64 N.R. 1; 14 O.A.C. 79; *Mohammad v. Canada (Minister of*

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.

Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. No. 6.

Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), appendice III, art. 2e).

Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, chap. 33.

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28, 52.

Loi sur les conventions de Genève, L.R.C. (1985), chap. G-3, art. 2 (mod. par L.C. 1990, chap. 14, art. 1).

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 46(1), (2) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 14), 46.01, 46.02 (mod. *idem*).

Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, chap. 52.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, [1985] 1 R.C.S. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086; (1990), 73 D.L.R. (4th) 686; 43 C.P.C. (2d) 165; 112 N.R. 362; *Leung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1990), 74 D.L.R. (4th) 313; 12 Imm. L.R. (2d) 43 (C.A.F.); *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; (1987), 44 D.L.R. (4th) 193; 37 C.C.C. (3d) 1; 61 C.R. (3d) 1; 80 N.R. 161.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

MacBain c. Lederman, [1985] 1 C.F. 856; (1985), 22 D.L.R. (4th) 119; 16 Admin. L.R. 109; 6 C.H.R.R. D/3064; 85 CLLC 17,023; 18 C.R.R. 165; 62 N.R. 117 (C.A.); *Conseil canadien des Églises c. Canada*, [1990] 2 C.F. 534; (1990), 106 N.R. 61 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Valente c. La Reine et autres, [1985] 2 R.C.S. 673; (1985), 52 O.R. (2d) 779; 24 D.L.R. (4th) 161; 23 C.C.C. (3d) 193; 49 C.R. (3d) 97; 19 C.R.R. 354; 37 M.V.R. 9; 64 N.R. 1; 14 O.A.C. 79; *Mohammad c. Canada (Ministre de*

Employment and Immigration), [1989] 2 F.C. 363; (1988), 55 D.L.R. (4th) 321; 21 F.T.R. 240 (note); 91 N.R. 121 (C.A.).

AUTHORS CITED

Canada, Immigration and Refugee Board, *Refugee Determination—What it is and How it Works*.

Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, Geneva, September 1979.

Paciocco, David M. *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*, Toronto: Carswell, 1987.

Perluss, Deborah and Hartman, Joan F. "Temporary Refugee: Emergence of a Customary Norm" (1986), 26 Virg. J. Int'l Law 551.

COUNSEL:

David Matas for applicants.

Gerald L. Chartier and *Brian H. Hay* for respondent.

SOLICITORS:

David Matas, Winnipeg, for applicants.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MAHONEY J.A.: The applicants, husband and wife, are Haitians. They were found, by an adjudicator and Refugee Division member, to have no credible basis for their claims to be Convention refugees. Departure notices were issued by the adjudicator. Those are the decisions and orders subject of the section 28 [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7] application under file no. A-993-90.

The applicants did not comply with the departure notices. Another inquiry was convened. The applicants were found ineligible to have new claims to be Convention refugees dealt with and deportation orders were made. Those are the decisions and orders subject of the section 28 application under file no. A-222-91.

l'Emploi et de l'Immigration), [1989] 2 C.F. 363; (1988), 55 D.L.R. (4th) 321; 21 F.T.R. 240 (note); 91 N.R. 121 (C.A.).

DOCTRINE

Canada, Commission de l'immigration et du statut de réfugié—*Système de reconnaissance du statut de réfugié*.

Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, Genève, septembre 1979.

Paciocco, David M. *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*, Toronto: Carswell, 1987.

Perluss, Deborah and Hartman, Joan F. «*Temporary Refugee: Emergence of a Customary Norm*» (1986), 26 Virg. J. Int'l Law 551.

AVOCATS:

David Matas pour les requérants.

Gerald L. Chartier et *Brian H. Hay* pour l'intimé.

PROCUREURS:

David Matas, Winnipeg, pour les requérants.

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

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

LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: Les requérants, mari et femme, sont Haïtiens. Un arbitre et un membre de la section du statut ont conclu que leurs revendications du statut de réfugiés au sens de la Convention n'avaient pas un minimum de fondement, après quoi l'arbitre leur a donné un avis d'interdiction de séjour. Voilà les décisions et ordonnances qui font l'objet de la demande fondée sur l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7] portant le numéro de greffe A-993-90.

Les requérants ne se sont pas conformés aux avis d'interdiction de séjour. Une autre enquête a été ordonnée. On a conclu que les requérants n'étaient pas admissibles à présenter de nouvelles revendications du statut de réfugié au sens de la Convention et des mesures d'expulsion ont été prises. Il s'agit des décisions et ordonnances qui font l'objet de la demande fondée sur l'article 28 portant le numéro de greffe A-222-91.

In view of paragraph 46.01(1)(f) of the *Immigration Act*,¹ the decision at the second inquiry that the applicants were not eligible to have their claims determined is not open to challenge. Whether the deportation orders are lawful depends entirely on whether the departure notices were lawful and that, in turn, depends entirely on the legality of the initial determination that there was no credible evidence upon which the Refugee Division might find them to be Convention refugees.

The applicants raised below and pursued before us arguments which may conveniently be categorized under three heads: (A) Charter and Bill of Rights arguments; (B) international law arguments and (C) arguments on the particular merits.

The Charter and Bill of Rights arguments all assert that the credible basis hearing mandated by subsection 46(1) of the Act does not afford claimants a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice required by paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C., 1985, Appendix III] and guaranteed by section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982, 1982*, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]].

2. Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgement or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared, and in particular, no law of Canada shall be construed or applied so as to

Étant donné l'alinéa 46.01(1)f) de la *Loi sur l'immigration*¹, la décision consécutive à la seconde enquête selon laquelle les revendications des requérants n'étaient pas recevables ne peut être contestée. Le caractère légal des mesures d'expulsion dépend entièrement du caractère légal des avis d'interdiction de séjour, lequel dépend entièrement, pour sa part, de la légalité de la décision initiale concluant à l'absence d'éléments crédibles sur lesquels la section du statut pouvait se fonder pour reconnaître aux requérants le statut de réfugiés au sens de la Convention.

Les requérants ont soulevé devant l'instance inférieure et fait valoir devant nous des moyens que l'on peut, pour des fins pratiques, réunir sous les rubriques suivantes: (A) moyens fondés sur la Charte et la Déclaration des droits; (B) moyens fondés sur le droit international, et (C) moyens fondés sur le bien-fondé de l'affaire.

Les moyens fondés sur la Charte et sur la Déclaration des droits font tous valoir que l'audience portant sur le minimum de fondement prévue au paragraphe 46(1) de la Loi n'offre pas aux requérants une audition impartiale de leur cause, selon les principes de justice fondamentale comme l'exige l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* [L.R.C. (1985), appendice III] et comme le garantit l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]].

2. Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme

¹ R.S.C., 1985, c. I-2, as amended by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14.

46.01. (1) A person who claims to be a Convention refugee is not eligible to have the claim determined by the Refugee Division if

(f) in the case of a claimant to whom a departure notice has been issued, the claimant has not left Canada or, having left Canada pursuant to the notice, has not been granted lawful permission to be in any other country.

¹ L.R.C. (1985), chap. I-2, modifié par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 14.

46.01 (1) La revendication de statut n'est pas recevable par la section du statut si le demandeur se trouve dans l'une ou l'autre des situations suivantes:

f) il est visé par un avis d'interdiction de séjour et n'a pas encore quitté le Canada ou, l'ayant quitté en conformité avec l'avis, n'a pas été légalement autorisé à entrer dans un autre pays.

(e) deprive a person of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of his rights and obligations . . .

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.

There is no doubt that one or the other of these provisions is engaged when a person claims to be a Convention refugee.²

It is argued that they are infringed by:

1. the participation of an adjudicator in the credible basis determination;

2. the participation of a case presenting officer in an adversarial role in the credible basis hearing, particularly the right of that officer to cross-examine claimants;

3. the imposition on a claimant of the burden of proving a credible basis for the claim and, in any event, by the evidential requirement that the credible basis of the claim be established on a balance of probabilities;

4. the power to deny that any person who claims to be a Convention refugee has a credible basis for that claim;

5. the limitations of sections 28 and 52 of the *Federal Court Act*³ on this Court's jurisdiction to interfere with a decision or order.

In an argument made along with that described in paragraph 3 but which spills into the international category, it was urged that the imposition of the onus to prove a credible basis for the claim violated Canada's obligations under the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugee* and hence the *Immigration Act* itself as well as the Charter and Bill of Rights.

In the international law arguments, the credible basis hearing is said to violate Canada's obligations under the Fourth Geneva Convention of August 12,

² *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177.

³ R.S.C., 1985, c. F-7.

e) privant une personne du droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations;

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Il ne fait aucun doute que l'une ou l'autre de ces dispositions entre en jeu lorsqu'une personne revendique le statut de réfugié au sens de la Convention².

On soutient que ces dispositions sont violées par ce qui suit:

1. La participation d'un arbitre à la décision relative au minimum de fondement de la revendication.

2. La participation d'un agent chargé de présenter le cas dans le rôle d'un adversaire à l'audience portant sur le minimum de fondement, et particulièrement le droit de cet agent de contre-interroger les demandeurs.

3. L'obligation pour le demandeur de prouver le minimum de fondement de sa revendication et, en tout état de cause, l'obligation qu'il a, au plan de la preuve, d'établir ce minimum de fondement selon la prépondérance des probabilités.

4. La faculté de nier que la revendication de la personne qui revendique le statut de réfugié a un minimum de fondement.

5. Les restrictions apportées par les articles 28 et 52 de la *Loi sur la Cour fédérale*³ à la compétence de cette Cour de modifier une décision ou ordonnance.

Dans un moyen fondé sur le paragraphe 3 mais qui touchait aussi au droit international, on a avancé que l'obligation de prouver le minimum de fondement de la revendication violait les obligations du Canada aux termes de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, et par conséquent la *Loi sur l'immigration* elle-même aussi bien que la Charte et la Déclaration des droits.

Dans leurs moyens fondés sur le droit international, les requérants soutiennent que l'audience sur le minimum de fondement viole les obligations du

² *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177.

³ L.R.C. (1985), chap. F-7.

1949 and Protocol II to the Geneva Conventions of August 12, 1949, both "approved" by Acts of Parliament,⁴ and a customary norm of temporary refuge.⁵ The arguments, common to all three sources of Canada's international obligations, is that the consequence of a negative finding by the first level tribunal may result in deportation of a claimant contrary to those obligations. As to the particular merits, it was argued that the tribunal erred in not finding that there was some credible evidence upon which the Refugee Division might find the applicants to be Convention refugees by reason of nationality, membership in a particular social group and political opinion.

A. The Charter and Bill of Rights Arguments

1. Participation of an adjudicator

The gist of this argument is that an adjudicator is an immigration judge, primarily charged with deciding whether or not persons are admissible to Canada or, if in Canada, should be removed. The thesis is that refugees are a loophole in the system in the sense that, without refugee status, they may not meet criteria for admission and that, therefore, adjudicators tend to view refugee claimants as a threat to the integrity of the scheme of the *Immigration Act*. What this boils down to is an allegation of institutional bias founded on the mixture of functions committed to adjudicators.

The respondent argues that this proposition has, by necessary implication, been disposed of by this Court contrary to the applicants' contention. In *Mohammad v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*,⁶ it was held that the legislative scheme of the *Immigration Act, 1976*⁷ met the test of *Valente v. The*

Canada aux termes de la Quatrième Convention de Genève du 12 août 1949 et du Protocole II des Conventions de Genève du 12 août 1949, tous deux «approuvés» par des Lois du Parlement⁴, et la règle coutumière du refuge temporaire⁵. Selon ces moyens, communs aux trois sources des obligations du Canada sur le plan international, la conclusion défavorable du premier palier d'audience pourrait entraîner l'expulsion du demandeur en violation des obligations susmentionnées. Pour ce qui est du bien-fondé des revendications, on a soutenu que le tribunal a commis une erreur en concluant à l'absence d'éléments crédibles sur lesquels la section du statut pouvait se fonder pour reconnaître aux requérants le statut de réfugiés au sens de la Convention du fait de leur nationalité, de leur appartenance à un groupe social ou de leurs opinions politiques.

A. Les moyens fondés sur la Charte et la Déclaration des droits

1. La participation de l'arbitre

Le point essentiel de cet argument tient à ce que l'arbitre est un juge de l'immigration, tenu principalement de décider de l'admissibilité au Canada des immigrés éventuels, ou du renvoi possible de ceux qui sont déjà au pays. Selon la thèse avancée, les réfugiés représentent une lacune du système en ce sens que, en l'absence du statut de réfugié, ils pourraient ne pas répondre aux critères d'admissibilité et, par conséquent, les arbitres ont tendance à considérer les demandeurs du statut de réfugié comme une menace à l'économie générale de la *Loi sur l'immigration*. Cela revient à dire qu'il y a préjugé institutionnel en raison des diverses fonctions attribuées aux arbitres.

L'intimé soutient que cette thèse a été, par voie de conséquence nécessaire, écartée par cette Cour dans l'arrêt *Mohammad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*⁶ lorsqu'elle a statué que l'économie de la *Loi sur l'immigration de 1976*⁷ respectait les critères énoncés dans l'arrêt *Valente c. La Reine et*

⁴ *Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3, s. 2, as amended by S.C. 1990, c. 14, s. 1.

⁵ Perluss and Hartman, "Temporary Refuge: Emergence of a Customary Norm" (1986), *Virg. J. Int'l Law* 551.

⁶ [1989] 2 F.C. 363 (C.A.).

⁷ S.C. 1976-77, c. 52.

⁴ *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), chap. G-3, art. 2, modifiée par L.C. 1990, chap. 14, art. 1.

⁵ Perluss and Hartman, «Temporary Refuge: Emergence of a Customary Norm» (1986), *Virg. J. Int'l Law* 551.

⁶ [1989] 2 C.F. 363 (C.A.).

⁷ S.C. 1976-77, chap. 52.

Queen et al.,⁸ and that adjudicators were independent tribunals within the contemplation of the requirements of section 7 of the Charter. Adjudicators had no role in the refugee determination process under that Act however, in *Canadian Council of Churches v. Canada*,⁹ among the numerous issues was a motion to strike a pleading seeking a declaration of the invalidity or inoperability of a number of provisions of the present legislative scheme on the ground that

An immigration adjudicator is not independent and impartial, thereby depriving the refugee of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice

In striking the pleading, the Court held

This issue, however, has already been decided against the respondent's point of view in *Mohammad v. Minister of Employment and Immigration* . . . This Court cannot reasonably be asked to reopen the question of the independence of adjudicators a little more than a year after having decided the issue.

While the Court did not, in its reasons, expressly mention the institutional impartiality of adjudicators, it was squarely in issue and, it seems to me, would certainly have been mentioned had it been argued. I do not think it can be safely concluded that the issue has been settled.

An example of a reasonable apprehension of bias, or institutional partiality, as a result of a mixture of functions is found in *MacBain v. Lederman*,¹⁰ where the *Canadian Human Rights Act*,¹¹ as it then stood, authorized the Canadian Human Rights Commission to find a complaint to have been substantiated on the basis of an investigation by a person it had designated and then to designate the composition of the tribunal that would again inquire into the matter, decide whether the complaint was substantiated and, if so, impose penalties and sanctions. The preliminary determination by an adjudicator that, but for the claim to be a Convention refugee, a person would not be entitled to enter or remain in Canada in no way prejudices, nor can it reasonably be seen as prejudging, the validity of the refugee claim. Institutional

⁸ [1985] 2 S.C.R. 673.

⁹ [1990] 2 F.C. 534 (C.A.), at p. 555.

¹⁰ [1985] 1 F.C. 856 (C.A.).

¹¹ S.C. 1976-77, c. 33.

*autres*⁸, et que les arbitres constituaient des tribunaux indépendants envisagés par les exigences de l'article 7 de la Charte. Les arbitres n'avaient aucun rôle au sein du processus de détermination des réfugiés en vertu de cette Loi; cependant, dans l'arrêt *Conseil canadien des Églises c. Canada*⁹, parmi les nombreuses questions soulevées se trouvait une requête en radiation d'un acte de procédure visant à faire déclarer invalides ou sans effet un certain nombre de dispositions de l'actuel régime législatif au motif que:

L'arbitre n'est pas indépendant et impartial, ce qui prive le réfugié du droit à une audience équitable conformément aux principes de justice fondamentale . . .

En radiant l'acte de procédure, la Cour a statué comme suit:

Cet argument a cependant été rejeté par cette Cour dans *Mohammad c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* . . . Cette Cour ne peut pas raisonnablement être priée de réouvrir la question de l'indépendance des arbitres un peu plus d'un an après qu'elle s'est prononcée sur celle-ci.

Bien que la Cour n'ait pas, dans ses motifs, fait expressément mention de l'impartialité institutionnelle des arbitres, celle-ci était parfaitement en cause et, me semble-t-il, il en aurait sûrement été fait mention si on en avait débattu. Je ne crois pas que l'on puisse conclure avec assurance que la question a été réglée.

L'affaire *MacBain c. Lederman*¹⁰ nous fournit un exemple d'une crainte raisonnable de partialité, ou de partialité institutionnelle, découlant d'un mélange de fonctions; dans cette affaire, la *Loi canadienne sur les droits de la personne*¹¹, comme elle était alors rédigée, autorisait la Commission canadienne des droits de la personne à conclure qu'une plainte était justifiée en se fondant sur une enquête tenue par une personne qu'elle avait désignée, et ensuite à désigner les membres du tribunal qui enquêteraient de nouveau sur la question, qui décideraient si la plainte était justifiée et, le cas échéant, qui imposeraient des peines et des sanctions. La conclusion préliminaire de l'arbitre que, ne serait-ce de la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention, une personne n'aurait pas le droit d'entrer au Canada ou d'y

⁸ [1985] 2 R.C.S. 673.

⁹ [1990] 2 C.F. 534 (C.A.) à la p. 555.

¹⁰ [1985] 1 C.F. 856 (C.A.).

¹¹ S.C. 1976-77, chap. 33.

partiality on the part of the adjudicator is not inherent in the scheme of the Act.

There is not an iota of evidence to lend credence to the applicants' basic premise that adjudicators tend to view refugee claimants as a threat to the integrity of the scheme of the Act. There is no reason why they should; the recognition of the right of genuine Convention refugees to remain in Canada is as much part and parcel of the scheme of the Act as anything else adjudicators may be called upon to decide. It has been held that:¹²

In general, any *Charter* challenge based upon allegations of unconstitutional effects of impugned legislation must be accompanied by admissible evidence of the alleged effects.

The applicants' argument is utterly devoid of evidential and reasonable intellectual foundation.

2. Adversarial role of the case presenting officer

In this argument, the applicants rely particularly on the following sentence from paragraph 200 of the *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*.¹³

200. . . . It will be necessary for the examiner to gain the confidence of the applicant in order to assist the latter in putting forward his case and in fully explaining his opinions and feelings.

The applicants equate the case presenting officer to the examiner and argue that the adversarial role, particularly cross-examination, denies the claimant the fundamental justice mandated by the Bill of Rights and Charter. It may be noted that paragraph 200 begins with the following sentence.

200. An examination in depth of the different methods of fact-finding is outside the scope of the present Handbook.

¹² *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086, at p. 1101.

¹³ Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, Geneva, September, 1979.

demeurer ne préjuge nullement, ni ne peut raisonnablement être considérée comme préjugeant, de la validité de la revendication du statut de réfugié. La partialité institutionnelle de l'arbitre n'est pas inhérente à l'économie de la Loi.

Il n'existe pas un iota de preuve pour donner créance à la thèse fondamentale des requérants selon laquelle les arbitres ont tendance à considérer que les demandeurs de statut de réfugié constituent une menace pour l'économie générale de la Loi. Il n'y a aucune raison pour qu'il en soit ainsi; la reconnaissance du droit des authentiques réfugiés au sens de la Convention de demeurer au Canada fait tout autant partie de l'économie de la Loi que toute autre chose sur laquelle les arbitres peuvent avoir à se prononcer. On a statué que¹²:

En général, toute contestation relative à la *Charte* fondée sur la prétention que les effets de la loi visée sont inconstitutionnels doit être appuyée par une preuve recevable concernant les effets contestés.

Le moyen des requérants est entièrement dénué de fondement intellectuel probant et raisonnable.

2. Le rôle d'adversaire de l'agent chargé de présenter le cas

En faisant valoir ce moyen, les requérants se fondent particulièrement sur la phrase suivante du paragraphe 200 du *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié*¹³:

200. . . . L'examineur devra alors mettre le demandeur en confiance pour l'amener à exposer clairement son cas et à exprimer pleinement ses opinions et ses sentiments.

Les requérants assimilent l'agent chargé de présenter le cas à l'examineur, et ils soutiennent que son rôle d'adversaire, particulièrement en ce qui concerne le contre-interrogatoire, prive le demandeur de la justice fondamentale exigée par la Déclaration des droits et la Charte. On peut noter que le paragraphe 200 débute avec la phrase suivante:

200. Un examen approfondi des différentes méthodes d'établissement des faits dépasserait le cadre du présent Guide.

¹² *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086, à la p. 1101.

¹³ Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, Genève, septembre 1979.

It is apparent that paragraph 200 does not contemplate an adversarial screening process.

This Court has held:¹⁴

... at the "credible basis" stage the tribunal is not to make findings of fact but is limited to determining the existence of credible or trustworthy evidence on each of the necessary elements of the claim such that the Refugee Division might find the applicant to be a Convention refugee. The primary role of the tribunal is to test the credibility of the evidence; in performing that role it is entitled to draw such inferences as are necessary for the purpose, as for example by determining that all or part of a witness' story is unreliable because it is implausible or because the witness has contradicted himself.

It is trite to say that cross-examination is a valuable tool in the ascertainment of truth and assessment of credibility. Appropriate to the present argument, it has been said:¹⁵

Cross-examination is a means to an end, not an end in itself. It is utilized to assist in demonstrating the extent of the dependability of oral evidence.

The power and duty of the case presenting officer to cross-examine claimants is not to be isolated from other provisions of the Act. Among the mandated attributes of the screening process, a claimant is accorded an oral hearing [section 29], a right to counsel [subsection 30(1)] and, if need be, to have counsel provided at public expense [subsection 30(2)], a reasonable opportunity to present evidence, cross-examine witnesses and make representations [subsection 46(3)] and the tribunal must give reasons for its decision if it is adverse [section 46.02]. A later reference to the Handbook will demonstrate that the term "examiner" there appropriately describes different functions in the Canadian refugee determination process depending on what they do. It is the claimant's counsel not the case presenting officer who, in the scheme of the Act, is called upon to gain the claimant's confidence and assist in putting the case forward.

There is obviously nothing inherently offensive to fundamental justice in an adversarial proceeding; if

¹⁴ *Leung v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1990), 74 D.L.R. (4th) 313 (F.C.A.), at p. 314.

¹⁵ Paciocco, *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*, Carswell (1987), at p. 289.

Il est évident que le paragraphe 200 n'envisage pas un processus de sélection de type accusatoire.

Cette Cour a statué comme suit¹⁴:

... à l'étape du «minimum de fondement», le tribunal n'a pas à faire de constatations de fait mais doit se limiter à déterminer l'existence d'éléments crédibles ou dignes de foi à l'égard de chacun des éléments nécessaires de la revendication, sur lesquels la section du statut peut se fonder pour reconnaître à l'intéressé le statut de réfugié au sens de la Convention. Le rôle principal du tribunal est d'analyser la crédibilité de la preuve. Pour cela, il a le droit de tirer les conclusions qui sont nécessaires à cette fin, par exemple en déterminant que l'intégralité ou une partie de l'histoire d'un témoin n'est pas fiable parce qu'elle n'est pas plausible ou que le témoin s'est contredit.

C'est un lieu commun de dire que le contre-interrogatoire est un outil précieux dans la recherche de la vérité et l'appréciation de la crédibilité. La remarque suivante convient bien à l'espèce¹⁵:

[TRADUCTION] Le contre-interrogatoire est un moyen, et non une fin en elle-même. On y recourt pour aider à démontrer le crédit que l'on peut accorder aux témoignages.

Le pouvoir et l'obligation qu'a l'agent chargé de présenter le cas de contre-interroger les demandeurs ne doivent pas être isolés des autres dispositions de la Loi. Conformément aux étapes obligatoires du processus de sélection, le demandeur a droit à une audition orale [article 29], à l'assistance d'un avocat [paragraphe 30(1)] et, si nécessaire, aux services d'un avocat aux frais du ministre [paragraphe 30(2)], à la possibilité de produire des éléments de preuve, de contre-interroger les témoins et de présenter des observations [paragraphe 46(3)], et le tribunal doit motiver toute décision défavorable au demandeur [article 46.02]. Une mention subséquente du Guide démontrera que l'expression «examineur» que l'on y trouve décrit de façon appropriée différents fonctionnaires responsables du processus canadien de détermination du statut de réfugié selon ce qu'ils font. C'est l'avocat du demandeur et non l'agent chargé de présenter le cas qui, selon l'économie de la Loi, doit mettre le demandeur en confiance et l'aider à exposer clairement son cas.

La procédure de type accusatoire ne comporte rien d'essentiellement contraire à la justice fondamentale;

¹⁴ *Leung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1990), 74 D.L.R. (4th) 313 (C.A.F.), à la p. 314.

¹⁵ Paciocco, *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*, Carswell (1987), à la p. 289.

there were, our judicial system would long since have ceased to function as it, almost universally, does. The applicants would like a system more favourable to refugee claimants. It was said of a person tried for a criminal offence in *R. v. Lyons*,¹⁶

... s. 7 of the *Charter* entitles the appellant to a fair hearing; it does not entitle him to the most favourable procedures that could possibly be imagined.

That may equally be said of refugee claimants. In my opinion, in the scheme of the Act, the adversarial role of the case presenting officer at the credible basis hearing does not impair any right accorded a refugee claimant by section 7 of the *Charter* or paragraph 2(e) of the Bill of Rights.

3. The burden of proof

The Act provides:

46. . . .

(2) The burden of proving that a claimant is eligible to have the claim determined by the Refugee Division and that the claimant has a credible basis for that claim rests on the claimant.

46.01 . . .

(6) If the adjudicator or the member of the Refugee Division, after considering the evidence adduced at the inquiry or hearing, including evidence regarding

(a) the record with respect to human rights of the country that the claimant left, or outside of which the claimant remains, by reason of fear of persecution, and

(b) the disposition under this Act or the regulations of claims to be Convention refugees made by other persons who allege fear of persecution in that country,

is of the opinion that there is any credible or trustworthy evidence on which the Refugee Division might determine the claimant to be a Convention refugee, the adjudicator or member shall determine that the claimant has a credible basis for the claim. [Emphasis added.]

By subsection 46.03(5), if either or both the adjudicator or member find for the claimant, the claim is referred to the Refugee Division.

si tel était le cas, notre système judiciaire aurait depuis longtemps cessé de fonctionner comme il le fait presque universellement. Les requérants aimeraient voir un système plus favorable aux demandeurs de statut. Dans l'arrêt *R. c. Lyons*¹⁶, on a dit d'une personne accusée d'une infraction criminelle:

... art. 7 de la *Charte* reconnaît à l'appelant le droit à un procès équitable; il ne lui donne pas le droit de bénéficier des procédures les plus favorables que l'on puisse imaginer.

On peut dire la même chose des demandeurs de statut. À mon sens, dans le cadre de la Loi, le rôle d'adversaire de l'agent chargé de présenter le cas au premier palier d'audience ne nuit à aucun droit accordé au demandeur de statut par l'article 7 de la *Charte* ou l'alinéa 2e) de la Déclaration des droits.

3. Le fardeau de la preuve

La Loi prévoit ce qui suit:

46. . . .

(2) Il appartient au demandeur de statut de prouver que sa revendication est recevable et qu'elle a un minimum de fondement.

46.01 . . .

(6) L'arbitre ou le membre de la section du statut concluent que la revendication a un minimum de fondement si, après examen des éléments de preuve présentés à l'enquête ou à l'audience, ils estiment qu'il existe des éléments crédibles ou dignes de foi sur lesquels la section du statut peut se fonder pour reconnaître à l'intéressé le statut de réfugié au sens de la Convention. Parmi les éléments présentés, ils tiennent compte notamment des points suivants:

a) les antécédents en matière de respect des droits de la personne du pays que le demandeur a quitté ou hors duquel il est demeuré de crainte d'être persécuté;

b) les décisions déjà rendues aux termes de la présente loi ou de ses règlements sur les revendications où était invoquée la crainte de persécution dans ce pays. [Je souligne.]

Selon le paragraphe 46.03(5), si l'arbitre et le membre de la section du statut ou l'un d'eux concluent en faveur du demandeur, la revendication est déferée à la section du statut.

¹⁶ [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 362.

¹⁶ [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 362.

What the applicants allege to be a denial of fundamental justice is the requirement that a claimant establish, on a balance of probabilities, that evidence adduced at the hearing is credible and trustworthy and that the credible and trustworthy evidence might lead the Refugee Division to conclude that the claimant is a Convention refugee. The applicants here distinguish between the burden of adducing evidence and the burden of persuasion. It is the imposition of the latter burden which, they say, denies claimant fundamental justice. As I understand the argument, imposition of the burden of persuasion is tantamount to denying the claimant the benefit of any doubt.

The applicants refer to a publication by the Immigration and Refugee Board entitled *Refugee Determination—What it is and how it works*, in which, over the signature of the chairman, it is said [at page 1]:

In each case before the IRB, benefit of the doubt will lie with the refugee claimant.

They find, in paragraphs 203 and 204 of the U.N. Handbook previously cited, support for the proposition that for a refugee claimant to be denied the benefit of the doubt when making a refugee claim is a denial of fundamental justice although paragraph 204 says, in part,

204. The benefit of the doubt should, however, only be given when all available evidence has been obtained and checked and when the examiner is satisfied as to the applicant's general credibility.

Finally, it is said that it is a violation of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* defined in subsection 2(1) of the Act and, hence, of the Act itself, as well as a denial of fundamental justice to reject real refugees and return them to danger and, it follows, any procedure that tends to that rejection, including imposition of a burden of proof on the claimant, itself violates those instruments.

The policy of the Immigration and Refugee Board cannot, of course, prevail over the express provision of an Act of Parliament even if one were to conclude that credible basis hearings were proceedings under

Ce que les requérants affirment être un déni de justice fondamentale, c'est l'obligation faite au demandeur d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que les éléments de preuve produits à l'audience sont crédibles et dignes de foi, et que la section du statut peut se fonder sur eux pour reconnaître à l'intéressé le statut de réfugié au sens de la Convention. Les requérants font en l'espèce une distinction entre l'obligation de produire des éléments de preuve et le fardeau de la persuasion. C'est ce dernier qui, à leur avis, constitue à l'égard du demandeur un déni de justice fondamentale. Si je comprends bien le moyen avancé, le fardeau de la persuasion équivaut au refus d'accorder au demandeur le bénéfice du doute.

Les requérants renvoient à une publication de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié intitulée *Système de reconnaissance du statut de réfugié*, dans laquelle, au-dessus de la signature du président, on peut lire [à la page 1]:

La Commission entend accorder le bénéfice du doute à tous les demandeurs du statut de réfugié.

Les requérants trouvent, aux paragraphes 203 et 204 du Guide des N.U. précité, un appui pour la proposition selon laquelle c'est un déni de justice fondamentale à l'endroit du demandeur de statut que de lui refuser le bénéfice du doute lorsqu'il revendique le statut de réfugié, bien que le paragraphe 204 dise en partie:

204. Néanmoins, le bénéfice du doute ne doit être donné que lorsque tous les éléments de preuve disponibles ont été réunis et vérifiés et lorsque l'examineur est convaincu de manière générale de la crédibilité du demandeur.

Finalement, les requérants avancent que c'est une violation de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* définie au paragraphe 2(1) de la Loi et, par conséquent, une violation de la Loi elle-même, aussi bien qu'un déni de justice fondamentale, que de refuser d'authentiques réfugiés et les renvoyer vers le danger et, par conséquent, toute procédure conduisant à ce refus, y compris l'imposition du fardeau de la preuve au demandeur, viole elle-même ces instruments.

La politique de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié ne peut naturellement l'emporter sur la disposition expresse d'une Loi du Parlement, même si l'on devait conclure que les audiences du

the jurisdiction of that Board. While it is likewise clear that the United Nations Handbook cannot prevail over the Act, the Handbook does contemplate the reality that not all who claim to be Convention refugees really are and recognizes the legitimacy of a screening process to establish the probability of the validity of individual claims. It seems to me one cannot be satisfied that evidence is credible or trustworthy unless satisfied that it is probably so, not just possibly so.

The applicants make no distinction between first and second level hearings. At the second level hearing, where the issue is whether or not the claimant is, in fact, a Convention refugee, there is a weighing of evidence by the Refugee Division and room for benefit of the doubt. All the first level panel has to do, indeed all it is entitled to do, is determine whether there is any credible evidence upon which the Refugee Division, at the second level, might determine the claimant to be a Convention refugee.¹⁷ There is no weighing of conflicting evidence in that. If there is some credible evidence, no amount of evidence to the contrary can alter that fact. There is no room for benefit of the doubt. I see no offence to either section 7 of the Charter or paragraph 2(e) of the Bill of Rights in the requirement of subsection 46(2).

4. Denial of a credible basis

It is argued that a finding that there is no credible basis for a refugee claim is unconstitutional. Once the finding is made the adjudicator must proceed to decide whether to issue a departure notice or make a deportation order [subsection 46.02(1)] and do one or the other [section 32]. If a deportation order is made, the Minister is required to execute it "as soon as reasonably practicable" [section 48] subject only to a 72-hour stay on request to permit the person concerned to seek leave to apply to this Court for judicial review [paragraph 49(1)(b)].

¹⁷ *Leung v. M.E.I.*, *supra*.

premier palier étaient des procédures relevant de la compétence de la Commission. Bien qu'il soit également clair que le Guide des Nations Unies ne peut l'emporter sur la Loi, le Guide envisage le fait que ceux qui prétendent être des réfugiés au sens de la Convention ne le sont pas tous réellement, et il reconnaît le caractère légitime d'un processus de sélection pour établir la probabilité de la validité des revendications individuelles. Il me semble que l'on ne peut être convaincu que les éléments de preuve sont crédibles ou dignes de foi sans être convaincu qu'il est probable qu'ils le sont, et non simplement possible.

Les requérants ne font aucune distinction entre le premier et le second paliers d'audience. À ce dernier palier, où il s'agit de décider si le demandeur est réellement un réfugié au sens de la Convention, la section du statut soupèse les éléments de la preuve, et il y a place au bénéfice du doute. Tout ce qu'a à faire le premier palier d'audience, de fait tout ce qu'il est habilité à faire, c'est de déterminer s'il existe des éléments crédibles ou dignes de foi sur lesquels la section du statut, au second palier, peut se fonder pour reconnaître au demandeur le statut de réfugié au sens de la Convention¹⁷. Il ne s'agit pas là de soupeser des éléments de preuve contradictoires. S'il existe des éléments de preuve crédibles, aucun élément de preuve contraire ne peut modifier ce fait. Il n'y a pas place au bénéfice du doute. Je ne vois dans l'exigence contenue au paragraphe 46(2) aucune incompatibilité avec l'article 7 de la Charte ni avec l'alinéa 2e) de la Déclaration des droits.

4. Refus de reconnaître un minimum de fondement à la revendication

On soutient que la conclusion que la revendication du statut de réfugié est dénuée d'un minimum de fondement est inconstitutionnelle. Lorsque cette conclusion est tirée, l'arbitre doit ensuite décider s'il va donner un avis d'interdiction de séjour ou prendre une mesure d'expulsion [paragraphe 46.02(1)] et faire l'un ou l'autre [article 32]. S'il prend une mesure d'expulsion, le ministre doit la mettre à exécution «dès que les circonstances le permettent» [article 48], sous réserve uniquement d'un sursis de 72 heures sur demande pour permettre à l'intéressé de demander l'autorisation de présenter une demande de

¹⁷ *Leung c. M.E.I.*, précité.

The argument is that because a determination that a claimant has no credible basis for the claim to be a Convention refugee is a denial of the right to remain in Canada pending judicial review, a negative finding is necessarily a denial of the right to a fair hearing in accordance with the principles of natural justice. This is not really an attack on the power of the first level tribunal to find no credible basis; it is an attack on the potential consequences of such a finding. The adjudicator correctly decided that he had no authority to direct that the applicants be allowed to remain in Canada pending judicial review. Whether execution of a deportation order ought to be stayed for that purpose is a question for the Court.

The constitutionality of the 72-hour mandatory stay is one of the issues which remains to be dealt with in *Canadian Council of Churches v. Canada*.¹⁸ Even if it had already been found unconstitutional, that could not taint the legality of any decision or order in issue here: the finding that there is no credible basis for the claims to be refugees and the making of departure notices and deportation orders. It could only affect the execution of the order or the necessity of complying with the notice. As a matter of fact, while irrelevant to the issues here, Canada is not now executing deportation orders to Haiti; it has not done so at any time material to these proceedings.

I have not been persuaded that there is any merit in what is relevant here, namely the argument that the power of the first level tribunal to find that there is no credible or trustworthy evidence upon which the Refugee Division might find a claimant to be a Convention refugee and the consequent power of the adjudicator to order deportation offend either section 7 of the Charter or paragraph 2(e) of the Bill of Rights.

contrôle judiciaire auprès de cette Cour [alinéa 49(1)b)].

Les requérants font valoir que puisque la conclusion que la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention n'a pas un minimum de fondement prive le demandeur de statut de son droit de demeurer au Canada en attendant la révision judiciaire, une conclusion défavorable constitue nécessairement le déni du droit à un procès équitable en conformité avec les principes de justice naturelle. Il ne s'agit pas là réellement de la contestation du pouvoir du premier palier d'audience de conclure à l'absence du minimum de fondement de la revendication; il s'agit d'une attaque dirigée contre les conséquences possibles de cette conclusion. L'arbitre a correctement décidé qu'il n'était pas habilité à ordonner qu'il soit permis aux requérants de demeurer au Canada en attendant la révision judiciaire. Il appartient à la Cour de déterminer s'il y a lieu de surseoir à l'exécution de la mesure d'expulsion à cette fin.

La constitutionnalité du sursis obligatoire de 72 heures est l'une des questions laissées en suspens dans l'arrêt *Conseil canadien des Églises c. Canada*¹⁸. Même si le sursis avait déjà été déclaré inconstitutionnel, cela ne saurait vicier le caractère légal de toute décision ou ordonnance contestée en l'espèce, soit la conclusion que les revendications du statut de réfugié n'ont pas un minimum de fondement, la délivrance d'avis d'interdiction et la prise de mesures d'expulsion. Cela ne pourrait toucher que l'exécution des mesures ou la nécessité de se conformer aux avis. De fait, bien que cela ne soit pas pertinent à l'espèce, le Canada ne met pas actuellement à exécution les mesures d'expulsion à Haïti; il ne l'a fait à aucune période concernée dans cette action.

L'on ne m'a pas persuadé du bien-fondé de ce qui est pertinent en l'espèce, à savoir l'argument selon lequel la faculté du premier palier d'audience de conclure à l'absence d'éléments crédibles et dignes de foi sur lesquels la section du statut peut se fonder pour reconnaître au demandeur le statut de réfugié au sens de la Convention, et la faculté résultante de l'arbitre d'ordonner l'expulsion sont incompatibles avec l'article 7 de la Charte ou l'alinéa 2e) de la Déclaration des droits.

¹⁸ [1990] 2 F.C. 534 (C.A.), at p. 561.

¹⁸ [1990] 2 C.F. 534 (C.A.), à la p. 561.

5. Adequacy of judicial review

If the Court concludes that the tribunal finding no credible basis for a refugee claim made an error in a finding of fact, paragraph 28(1)(c) of the *Federal Court Act* permits this Court to set aside the decision only if the tribunal (1) based its decision on that finding and (2) made the finding in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it. Further, if the Court concludes the tribunal erred in any of the ways contemplated by subsection 28(1), by paragraph 52(c) of the *Federal Court Act*, it can only set aside the decision or set it aside and remit the matter to tribunal for reconsideration with directions. It cannot make the decision it thinks the tribunal ought to have made although, from a practical point of view, its directions may be so precise as to dictate the result of the reconsideration. The applicants submit that this is too narrow a basis of judicial review to satisfy the requirements of fundamental justice, at least in the case of refugee claimants, and that what is required is a right to appeal which would allow the Court to substitute its view of the case for that of the tribunal if it considers the decision below to be unreasonable.

As with the constitutionality of the 72-hour statutory stay, I fail to see how this submission is relevant to any issue before the Court in either of the present section 28 applications. The sufficiency of the provision Parliament has made for their judicial review was not a matter to be taken into account by the adjudicator alone or with the Refugee Division member in making any of the decisions or orders subject of this review. If it is insufficient that cannot be a basis for setting any of them aside; it can only be a basis for excusing from or preventing compliance.

B. The International Law Arguments

I see no need to summarize the international law arguments. I accept, for purposes of those arguments, that to return a person to Haiti in the circumstances that presently exist and have existed at relevant times

5. Le caractère suffisant de la révision judiciaire

Si la Cour conclut que le tribunal qui a refusé de reconnaître un minimum de fondement à la revendication du statut de réfugié a tiré une conclusion de fait erronée, l'alinéa 28(1)c) de la *Loi sur la Cour fédérale* permet à notre Cour d'annuler la décision contestée seulement si le tribunal qui l'a rendue (1) a fondé sa décision sur cette conclusion de fait et (2) s'il a tiré celle-ci de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il disposait. De plus, si la Cour conclut que le tribunal a commis l'une des erreurs visées au paragraphe 28(1), l'alinéa 52c) de la *Loi sur la Cour fédérale* ne l'autorise qu'à infirmer la décision ou à l'infirmer et à renvoyer l'affaire au tribunal pour jugement conformément à ses instructions. Elle ne peut rendre la décision que, selon elle, le tribunal aurait dû rendre bien que, d'un point de vue pratique, ses instructions peuvent être suffisamment précises pour dicter l'issue du nouvel examen. Les requérants font valoir que la révision judiciaire a une assise trop étroite pour satisfaire aux exigences de la justice fondamentale, au moins pour ce qui est des demandeurs du statut de réfugié, et que ce qui est exigé est un droit d'appel qui permettrait à la Cour de substituer son point de vue sur l'affaire à celle du tribunal si elle considère abusive la décision rendue par l'instance inférieure.

De même qu'il en est pour la constitutionnalité du sursis légal de 72 heures, je ne vois pas la pertinence de cet argument quant à l'une quelconque des questions soumises à la Cour dans le cadre des présentes demandes fondées sur l'article 28. L'arbitre, seul ou de concert avec le membre de la section du statut n'avait pas, en rendant les décisions ou en prenant les mesures contestées en l'espèce, à considérer le caractère suffisant des dispositions prises par le Parlement à l'égard de leur révision judiciaire. L'insuffisance de ces dispositions, le cas échéant, ne saurait justifier l'annulation des décisions ou des mesures contestées; elle ne peut fournir qu'une excuse ou un motif pour ne pas les exécuter.

B. Les moyens fondés sur le droit international

Je ne vois pas la nécessité de résumer les moyens fondés sur le droit international. J'admets, aux fins de ces moyens, que renvoyer une personne à Haïti dans les circonstances qui existent actuellement et qui

would violate Canada's obligations under the Fourth Geneva Convention, the Second Protocol and a customary norm of international law prohibiting the forcible repatriation of foreign nationals who have fled generalized violence and other threats to their lives and security arising out of internal armed conflict within their state of nationality. I also accept, for purposes of the arguments, that those international instruments and laws have the force of domestic law in Canada and can be enforced in the courts of Canada at the suit of a private individual. What I cannot accept, however, is that the duty or intention to execute a deportation order which, if executed, would breach those laws in any way colours the process, under the *Immigration Act*, by which a person from such a country may be determined not to have a credible basis for a claim to be a Convention refugee or the making of a deportation order consequent to that finding.

These issues, like the constitutional sufficiency of the provision Parliament has made for judicial review and the 72-hour stay, are not questions with which the first level tribunal or the adjudicator alone in making their decisions and orders nor this Court in reviewing them can be concerned. To say that they are not relevant to those decisions and orders is not, of course, to denigrate their importance. It would be a grave, and I hope justiciable, matter indeed if Canada were to execute deportation orders in circumstances which breached obligations under international law and put the life, liberty or security of persons in peril.

C. The Merits

A Convention refugee is relevantly defined as

... any person who

existaient aux époques concernées, ce serait violer les obligations du Canada aux termes de la Quatrième Convention de Genève, du Deuxième Protocole et de la règle coutumière de droit international qui interdit le rapatriement forcé des nationaux étrangers qui ont fui la violence généralisée et d'autres menaces pour leur vie et leur sécurité découlant d'un conflit armé domestique dans l'État dont ils ont la nationalité. Je reconnais aussi, toujours aux fins des moyens invoqués, que ces lois et ces instruments internationaux ont force de loi interne au Canada et qu'ils peuvent être mis à exécution par les tribunaux canadiens sur demande d'un particulier. Toutefois, je ne saurais admettre que l'obligation ou l'intention d'exécuter une mesure d'expulsion qui, si elle était exécutée, violerait les lois susmentionnées vicie le moins, d'une part, le processus prévu par la *Loi sur l'immigration*, en vertu duquel la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention d'un national de l'État visé peut être considérée comme dépourvue d'un minimum de fondement, et d'autre part, la prise d'une mesure d'expulsion consécutive à cette conclusion.

Ces questions, comme il en est du caractère suffisant, aux yeux de la Constitution, des dispositions prises par le Parlement à l'égard de la révision judiciaire et du sursis de 72 heures, ne sont pas des matières dont doivent se préoccuper le premier palier d'audience ou l'arbitre seul lorsqu'ils rendent leur décision ou prennent une mesure d'expulsion, ni cette Cour lorsqu'elle en fait la révision. Dire que ces questions ne sont pas pertinentes aux décisions ou aux mesures visées ne déprécie évidemment en rien leur importance. Ce serait évidemment une question sérieuse et, j'ose l'espérer, qui relèverait des tribunaux, si le Canada devait exécuter des mesures d'expulsion dans des circonstances incompatibles avec ses obligations découlant du droit international et qui mettent en danger la vie, la liberté ou la sécurité d'autrui.

C. Le bien-fondé des moyens

Le réfugié au sens de la Convention est défini de façon pertinente comme étant:

... Toute personne

(a) by reason of a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion,

(i) is outside the country of his nationality and is unable or, by reason of that fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country. . .

but does not include any person to whom the Convention does not apply pursuant to section E or F of Article 1 thereof, which sections are set out in the schedule to this Act.

We are not here concerned with race or religion.

It is submitted that all Haitians have a credible basis for claiming to be Convention refugees because they are Haitians. The tribunal held

. . . it would be absurd to accept the proposition of your counsel that all Haitians are refugees, since this would offer international protection to both the victims and the perpetrators of the crimes, and from whom you are seeking protection.

The applicants say that the tribunal misunderstood their argument. They did not submit that all Haitians are refugees but that all Haitians outside Haiti have a credible basis for claiming to be refugees. They say further that, as a result of its misapprehension, the tribunal addressed the second level question: are the applicants refugees, rather than the first level question: is there any credible or trustworthy evidence upon which they might be found to be refugees? They also note that the possibility of what was seen as leading to absurdity is actually preempted by the Convention refugee definition which excludes persons to whom section F of Article 1 of the Convention applies. Section F provides:

Article 1

F. The provisions of this Convention shall not apply to any person with respect to whom there are serious reasons for considering that:

(a) he has committed a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity, as defined in the international instruments drawn up to make provision in respect of such crimes;

a) qui, craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques:

(i) soit se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays, . . .

Sont exclues de la présente définition les personnes soustraites à l'application de la Convention par les sections E ou F de l'article premier de celle-ci dont le texte est reproduit à l'annexe de la présente loi.

Il n'est pas ici question de race ni de religion.

On a soutenu que tous les Haïtiens peuvent revendiquer avec un minimum de fondement la qualité de réfugiés au sens de la Convention parce qu'ils sont Haïtiens. Le tribunal a conclu ce qui suit:

[TRADUCTION] . . . il serait absurde de retenir la proposition de votre avocat selon laquelle tous les Haïtiens sont des réfugiés, car ce serait là offrir une protection internationale aussi bien aux victimes qu'à ceux qui commettent des crimes, et contre qui vous cherchez à vous protéger.

Les requérants disent que le tribunal a mal compris leur moyen. Ils n'ont pas prétendu que tous les Haïtiens étaient des réfugiés, mais que tous les Haïtiens à l'extérieur de Haïti peuvent revendiquer avec un minimum de fondement la qualité de réfugiés. Ils disent en outre que, en raison de cette méprise, le tribunal s'est penché sur la question propre au second palier d'audience: les requérants sont-ils des réfugiés, plutôt que sur la question propre au premier palier: existe-t-il des éléments crédibles ou dignes de foi en vertu desquels on pourrait leur reconnaître le statut de réfugiés? Ils soulignent aussi que la possibilité de ce qui a été considéré comme menant à une absurdité a été écartée par la définition de l'expression réfugié au sens de la Convention, qui exclut les personnes visées par la section F de l'article premier de la Convention, dont voici le libellé:

Article premier

F. Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser:

a) qu'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes;

- (b) he has committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee;
- (c) he has been guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations.

One has only to recall the recent history of Cambodia to recognize that possibility of widespread persecution of its general population by a national regime. With respect, it is not axiomatic that nationals of a country who have escaped that country may not have a well founded fear of persecution by reason of their nationality should they be returned. There is ample evidence as to conditions in Haiti on the record. There is evidence as to the treatment of Haitians who have been forcibly repatriated by the United States. Its trustworthiness has not been questioned. It is for the Refugee Determination Division, not the screening hearing, to weigh that evidence and decide whether it supports the objective element of the applicants' claim.

In its relatively brief "reasons for decision on credible basis",¹⁹ the tribunal did not refer at all to the matters which paragraphs (a) and (b) of subsection 46.01(6) expressly required it to consider. While that is by no means conclusive that the evidence, of which there was plenty, was not considered, it is somewhat surprising in the case of Haitian claimants. Given the tribunal's misstatement of the argument based on nationality, I think it unsafe to assume that the evidence was considered properly.

The social group in which the applicants claim membership is the poor and disadvantaged people of Haiti. The tribunal noted that the documentary evidence established that the Haitian population is substantially poor and disadvantaged. The applicants did not address this argument in their memorandum of points of argument although their counsel did refer to it in passing in oral argument. If I understand the tribunal correctly, I am inclined to agree with it on this point: there is nothing to distinguish the applicants' claim to be persecuted by reason of membership in

¹⁹ Session of September 6, 1990. Case, p. 150, 1.23 to p. 152, 1.8. These reasons dealt with the merits; the Charter and Bill of Rights and international law arguments had been dismissed at an earlier session.

- b) qu'elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiées;
- c) qu'elles se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies.

Il suffit de se remémorer l'histoire récente du Cambodge pour reconnaître la possibilité de la persécution générale de la population par un régime national. En toute déférence, il ne va pas de soi que les nationaux d'un pays qui ont fui ce dernier ne puissent pas craindre avec raison d'être persécutés du fait de leur nationalité s'ils étaient renvoyés dans ce pays. Le dossier contient de nombreux éléments de preuve relatifs aux conditions existantes à Haïti, dont le traitement des Haïtiens qui ont été rapatriés de force par les États-Unis. Leur crédibilité n'a pas été mise en doute. Il appartient à la section du statut de réfugié, et non à l'audience de présélection, de sopeser ces éléments de preuve et de décider s'ils appuient l'élément objectif de la revendication des requérants.

Dans ses [TRADUCTION] «motifs de décision sur le minimum de fondement»¹⁹ relativement brefs, le tribunal n'a nullement fait mention des questions qu'il doit expressément examiner aux termes des alinéas a) et b) du paragraphe 46.01(6). Bien que l'on ne puisse aucunement en conclure que les éléments de preuve, qui étaient nombreux, n'ont pas été considérés, c'est plutôt surprenant dans le cas de demandeurs haïtiens. Étant donné la formulation erronée par le tribunal du moyen fondé sur la nationalité, j'estime peu sage de présumer que les éléments de preuve ont été considérés de façon appropriée.

Le groupe social auquel les requérants affirment appartenir est celui des pauvres et des déshérités de Haïti. Le tribunal a souligné que la preuve documentaire établissait que la population haïtienne est considérablement pauvre et déshéritée. Les requérants ne se sont pas penchés sur cet argument dans leur exposé des points d'argument, bien que leur avocat y ait fait allusion en passant dans sa plaidoirie. Si je comprends bien le tribunal, je suis porté à être d'accord avec lui sur le point suivant: rien ne distingue la prétention des requérants d'être persécutés du fait de

¹⁹ Séance du 6 septembre 1990. Dossier, p. 150, 1.23 à la p. 152, 1.8. Ces motifs traitaient du bien-fondé de la revendication. Les moyens fondés sur la Charte, la Déclaration des droits et le droit international avaient été rejetés au cours d'une séance antérieure.

that particular social group from their claim to be persecuted by reason of Haitian nationality itself.

As to political opinion, the only basis for that claim would, again, appear to be entirely dependent on their fear of returning to Haiti because of the treatment they might incur. The applicants attested to no political views or activities or past harassment because of political opinions. Rather, as stated in their memorandum, they rely on documentary evidence which, they say, "shows that the Government of Haiti views those who resist return to Haiti as opposed to the Government and persecutes them for that reason." This, like the claim based on membership in the social group of the poor and disadvantaged, seems on the evidence to be no more than a restatement of the claim based on nationality.

The tribunal found significant the fact that the applicants had applied to Canada for immigrant visas before leaving Haiti. That may be relevant to a second level determination weighing the evidence and deciding whether a person really is outside and unwilling to return to his or her country of nationality because of fear of persecution. It does seem to me that a desire to emigrate and fear of persecution in one's country can hardly be mutually exclusive. If one can depart the place where one fears persecution by lawful emigration, that would seem an eminently satisfactory resolution. That a person has sought to emigrate strikes me as a feeble basis for questioning the credibility of that person's evidence of fear of persecution at home.

The applicants had a number of other complaints about the tribunal's reasons which, in view of the disposition I would make of their applications, need not be dealt with. In conclusion, I see either no merit or no relevance in the arguments based on the Charter and the Bill of Rights and I see no relevance in the arguments based on international law. I do, however, find that the first level tribunal did err in approaching the applicants' claim on the merits as it did.

leur appartenance à ce groupe social particulier, de leur prétention d'être persécutés du fait de leur nationalité haïtienne elle-même.

a Pour ce qui est de la revendication fondée sur des opinions politiques, son seul fondement semble lui aussi dépendre entièrement de la crainte des requérants de retourner à Haïti en raison du traitement qu'ils pourraient subir. Ils n'ont pas fait état d'opinions ni d'activités politiques, ni prétendu avoir été harcelés en raison d'opinions politiques. Ils s'appuient plutôt, comme il est dit dans leur exposé, sur une preuve documentaire qui, affirment-ils, [TRADUCTION] «montre que le gouvernement de Haïti considère que ceux qui refusent de retourner à Haïti lui sont opposés, et qu'il les persécute pour ce motif.» Ceci, tout comme la revendication fondée sur l'appartenance au groupe social des pauvres et des déshérités, semble selon la preuve être rien de plus qu'une nouvelle formulation de la revendication fondée sur la nationalité.

e Le tribunal a trouvé significatif que les requérants aient demandé au Canada un visa d'immigrant avant de quitter Haïti. Cela peut être pertinent au second palier d'audience, où l'on soupèse les éléments de preuve et l'on décide si une personne est réellement sortie du pays dont elle a la nationalité et ne veut pas y retourner parce qu'elle craint d'être persécutée. Il me semble bien que le désir d'émigrer et la crainte d'être persécuté dans son propre pays peuvent difficilement s'exclure l'un l'autre. S'il était possible à une personne de quitter le pays où elle craint d'être persécutée en émigrant légalement, cette solution semblerait des plus satisfaisantes. Le fait qu'une personne ait cherché à émigrer me semble un bien faible motif pour mettre en doute la crédibilité de son témoignage selon lequel elle craint d'être persécutée dans son pays.

i Les requérants ont formulé d'autres objections à l'endroit des motifs du tribunal; étant donné la façon dont je statuerai sur leurs demandes, je n'ai pas à en traiter. Pour conclure, je ne trouve soit aucun bien-fondé, soit aucune pertinence aux moyens fondés sur la Charte et la Déclaration des droits, et je ne vois aucune pertinence dans les moyens fondés sur le droit international. Je conclus toutefois que le premier palier d'audience a commis une erreur en considérant

I would, therefore, allow both section 28 applications. As to file no. A-993-90, I would set aside the finding, made September 6, 1990, by adjudicator K. D. Fussey and Refugee Board member R. Rushowy that there was no credible or trustworthy evidence upon which the Refugee Division might find the applicants to be Convention refugees and the ensuing departure notices given to the applicants by adjudicator K. D. Fussey October 1, 1990, and remit the matter to the tribunal for reconsideration in a manner not inconsistent with these reasons. As to file no. A-222-91, I would set aside the deportation orders dated December 28, 1990, made against the applicants by adjudicator Lyle Moffatt.

HEALD J.A.: I agree.

STONE J.A.: I agree.

la revendication des requérants selon son bien-fondé comme il l'a fait.

J'accueillerais par conséquent les deux demandes fondées sur l'article 28. Pour ce qui est du dossier A-993-90, j'annulerais d'une part, la conclusion de l'arbitre K. D. Fussey et du membre de la section du statut R. Rushowy, en date du 6 septembre 1990, qu'il n'existait pas d'éléments crédibles ou dignes de foi sur lesquels la section du statut pouvait se fonder pour reconnaître aux requérants le statut de réfugiés au sens de la Convention et d'autre part, les avis d'interdiction de séjour subséquents donnés aux requérants par l'arbitre K. D. Fussey le 1^{er} octobre 1990, et je renverrais l'affaire au tribunal pour un nouvel examen compatible avec ces motifs. Quant au dossier n^o A-222-91, j'annulerais les mesures d'expulsion en date du 28 décembre 1990, prises contre les requérants par l'arbitre Lyle Moffatt.

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

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

Shui-Man Lam (Applicant)

v.

Minister of Employment and Immigration and Secretary of State for External Affairs (Respondents)

INDEXED AS: LAM v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T.D.)

Trial Division, Teitelbaum J.—Vancouver, November 26 and 29, 1991.

Immigration — Practice — Application for immigrant visa rejected by visa officer without interview — Reasons for rejection set out in letter from Canadian Consulate General — Number of units of assessment required to qualify as self-employed immigrant under Immigration Regulations, 1978, s. 9(1)(b)(i) not met even if applicant awarded maximum 10 units for personal suitability after interview — Whether visa officer having discretion as to granting interview — Parliament's intention in enacting Immigration Act explained — Interview necessary to form valid opinion under Regulations, s. 11(3) and to determine whether to allow additional 30 units of assessment under s. 8(4) — Decision by visa officer not to grant interview erroneous as no discretion given to him by Regulations, Factor 9, Schedule I — Use of word "shall" in Factor 9 obligation to hold interview to assess applicant's qualities — Statutory duty not met.

Judicial review — Prerogative writs — Certiorari to quash visa officer's decision denying application for immigrant visa and mandamus compelling respondents to reconsider application according to statutory direction — Visa officer rejecting application for permanent residence without interview as number of units of assessment to qualify as self-employed immigrant not met — Arguing applicant unable to meet minimum requirement of 70 units of assessment even if awarded maximum 10 units for personal suitability after interview — No discretion given to visa officer by Immigration Regulations, Factor 9, Schedule I as to granting interview — Officer bound to follow procedure set out in statute — Statutory duty of holding interview to assess applicant's qualities not complied with — Limited circumstances set forth in Factor 9 applicable herein — Application allowed.

T-2640-91

Shui-Man Lam (requérant)

c.

Ministre de l'Emploi et de l'Immigration et secrétaire d'État aux Affaires extérieures (intimés)

RÉPERTORIÉ: LAM c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Teitelbaum—
Vancouver, 26 et 29 novembre 1991.

Immigration — Pratique — Demande de visa d'immigrant rejetée par un agent des visas sans qu'il y ait eu entrevue — Les motifs du rejet sont donnés dans une lettre du Consulat général du Canada — Le requérant n'aurait pas obtenu le nombre de points d'appréciation requis pour être considéré comme un immigrant exerçant un travail autonome, ainsi que le prescrit l'art. 9(1)(b)(i) du Règlement sur l'immigration de 1978, et ce, même si on lui avait attribué le nombre maximal de 10 points pour le facteur «personnalité» après qu'il ait passé une entrevue — L'agent des visas est-il habilité à décider s'il accordera ou non une entrevue? — Explication de l'intention du législateur dans la promulgation de la Loi sur l'immigration — L'entrevue est nécessaire pour former une opinion valable en vertu de l'art. 11(3) du Règlement et pour déterminer s'il y a lieu d'accorder 30 points d'appréciation en application de l'art. 8(4) — L'agent des visas a eu tort de ne pas accorder une entrevue puisqu'il n'est pas habilité à décider s'il en accordera une en vertu du facteur 9, annexe I du Règlement — La présence du mot «shall» au facteur 9 (dans la version anglaise du Règlement) dénote qu'il est obligatoire de tenir une entrevue pour apprécier les qualités du requérant — On ne s'est pas acquitté de l'obligation prévue par la loi.

Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — Demande d'un bref de certiorari pour faire annuler la décision par laquelle un agent des visas a rejeté la demande de visa d'immigrant, et d'un bref de mandamus enjoignant aux intimés de réexaminer la demande en accord avec la directive réglementaire — L'agent des visas a rejeté la demande de résidence permanente sans qu'il y ait eu entrevue puisque le requérant n'a pas obtenu le nombre de points d'appréciation requis pour être considéré comme un immigrant exerçant un travail autonome — Il est allégué que le requérant n'aurait pas pu obtenir le nombre minimal requis de 70 points d'appréciation même si on lui avait attribué le nombre maximal de 10 points pour le facteur «personnalité» après une entrevue — L'agent des visas n'est pas habilité en vertu du facteur 9, annexe I du Règlement à décider s'il accordera ou non une entrevue — L'agent doit se conformer à la marche à suivre indiquée dans la Loi — On ne s'est pas acquitté de l'obligation légale de faire passer une entrevue au requérant pour apprécier ses qualités — Les cir-

T-2640-91

constances limitées qui sont énoncées au facteur 9 s'appliquent en l'espèce — Demande accueillie.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467.
Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, s. 1.
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 9(2).
Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, ss. 8 (1)(a),(c) (as am. by SOR/85-1038, s. 3), (2),(4) (as am. *idem*), 9(1)(b)(i) (as am. *idem*, s. 4), 11(3) (as am. by SOR/81-461, s. 1), Schedule I.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Yang v. Canada (Minister of Employment & Immigration) (1989), 36 Admin. L.R. 235; 27 F.T.R. 74; 8 Imm. L.R. (2d) 48 (F.C.T.D.); *Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)*, [1989] 3 F.C. 309; [1989] 4 W.W.R. 526; (1989), 37 Admin. L.R. 39; 3 C.E.L.R. (N.S.) 287; 26 F.T.R. 245 (T.D.); *Muliadi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 2 F.C. 205; (1986), 18 Admin. L.R. 243; 66 N.R. 8 (C.A.).

REFERRED TO:

Ho v. Minister of Employment & Immigration (1989), 27 F.T.R. 241; 8 Imm. L.R. (2d) 38 (F.C.T.D.).

COUNSEL:

Gary A. Letcher and Robin P. McQuillan for applicant.
 A. D. Louie for respondents.

SOLICITORS:

Edwards, Kenny & Bray, Vancouver, for applicant.
 Deputy Attorney General of Canada for respondents.

The following are the reasons for order rendered in English by

TEITELBAUM J.: This is an application for the issuance of a writ of *certiorari* quashing the decision made on June 17, 1991 by the Immigration Section of the Canadian Consulate General in Seattle, U.S.A. which rejected the application of the applicant for an immigrant visa; and for a writ of *mandamus* compelling the Minister of Employment and Immigration

LOIS ET RÈGLEMENTS

Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467.
Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, chap. 52, art. 1.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 9(2).
Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 8(1)a),c) (mod. par DORS/85-1038, art. 3), (2),(4) (mod. *idem*), 9(1)b)(i) (mod. *idem*, art. 4), 11(3) (mod. par DORS/81-461, art. 1), annexe I.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Yang c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1989), 36 Admin. L.R. 235; 27 F.T.R. 74; 8 Imm. L.R. (2d) 48 (C.F. 1^{re} inst.); *Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [1989] 3 C.F. 309; [1989] 4 W.W.R. 526; (1989), 37 Admin. L.R. 39; 3 C.E.L.R. (N.S.) 287; 26 F.T.R. 245 (1^{re} inst.); *Muliadi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 2 C.F. 205; (1986), 18 Admin. L.R. 243; 66 N.R. 8 (C.A.).

DÉCISION CITÉE:

Ho c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (1989), 27 F.T.R. 241; 8 Imm. L.R. (2d) 38 (C.F. 1^{re} inst.).

AVOCATS:

Gary A. Letcher et Robin P. McQuillan pour le requérant.
 A. D. Louie pour les intimés.

g

PROCUREURS:

Edwards, Kenny & Bray, Vancouver, pour le requérant.
 Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

h

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

i

LE JUGE TEITELBAUM: Ceci est une requête en vue de la délivrance d'un bref de *certiorari* annulant la décision datée du 17 juin 1991 par laquelle la Section de l'immigration du Consulat général du Canada à Seattle (É.-U.) a rejeté la demande de visa d'immigrant du requérant, ainsi qu'en vue de la délivrance d'un bref de *mandamus* contraignant le ministre de

j

and the Secretary of State for External Affairs to reconsider the applicant's application for an immigrant visa in accordance with the statutory direction.

As stated by the applicant, the grounds of the application are:

... that the Visa Officer's decision denying the application of the Applicant for an immigrant visa was made in a patently unreasonable and arbitrary manner in excess of, and without, jurisdiction and is in breach of a duty of fairness and in disregard of the requirements imposed by statute.

There appears to be no dispute as to the facts. The facts are, as stated by the applicant in his affidavit, and outlined in his motion record:

1. The Applicant Shui-Man Lam, is a resident of Hong Kong. He is married to Fung-Ping Yuen. They have no children.

2. The Applicant is currently the general manager and a partner in a Hong Kong company called South Asia Trading Company which is in the business of importing and distributing fish purchased from China.

3. The Applicant's duties and responsibilities in respect of his position with South Asia Trading Company are to oversee the company's day-to-day operations, ensure the effective distribution and sales of the product and ensure that the daily financial obligations of the company are met.

4. Prior to his involvement with the South Asia Trading Company, the Applicant was a partner and general manager of Yau Fai Trading Co. from March 1988 until September 19, 1990. His duties and responsibilities in that position were similar to those of his position with South Asia Trading Company.

5. Prior to his involvement with Yau Fai Trading Co., the Applicant was employed for six years as a construction superintendent for Po Kee Works Co. Ltd. in Hong Kong. His duties in that position included general construction, the supervision of staff and tradesman [*sic*] and inventory control.

(see affidavit of Lam-Chow Chui under tab 4 of applicant's motion record)

6. The Applicant's net worth is currently approximately \$201,200.00 CDN.

7. The Applicant visited Canada in August of 1990 to attend a business seminar in Vancouver, British Columbia. He has a sister, Joan Lai, who is a permanent resident of Canada and resides in Coquitlam, British Columbia.

l'Emploi et de l'Immigration et le secrétaire d'État aux Affaires extérieures à réexaminer la demande de visa d'immigrant du requérant en accord avec la directive réglementaire.

Les motifs de la requête sont, d'après le requérant, les suivants:

[TRADUCTION] ... que, en rejetant la demande de visa d'immigrant du requérant, l'agent des visas a pris une décision clairement abusive et arbitraire qui était en dehors de sa compétence, et qu'il s'agit d'un cas de manquement à une obligation imposée par l'équité et d'un cas où l'on n'a pas tenu compte des exigences de la loi.

Les faits, qui ne semblent pas contestés, sont les suivants, d'après ce que le requérant a indiqué dans son affidavit et d'après ce qui est exposé dans son dossier de requête:

1. Le requérant, Shui-Man Lam, est un résident de Hong Kong. Il est marié à Fung-Ping Yuen, et le couple n'a pas d'enfants.

2. Le requérant est actuellement directeur général et associé d'une société de Hong Kong, la South Asia Trading Company, une entreprise d'importation et de distribution de poisson acheté de la Chine.

3. Les fonctions et les responsabilités du requérant, relativement au poste qu'il occupe auprès de la South Asia Trading Company, consistent à superviser les activités ordinaires de la société, à veiller à la diffusion et à la vente efficaces des produits et à s'assurer que l'on s'acquitte des obligations financières quotidiennes de ladite société.

4. Avant d'entrer au service de la South Asia Trading Company, le requérant a été associé et directeur général de la Yau Fai Trading Co., du mois de mars 1988 au 19 septembre 1990. Ses fonctions et ses responsabilités étaient semblables à celles du poste qu'il occupe auprès de la South Asia Trading Company.

5. Avant d'entrer au service de la Yau Fai Trading Co., le requérant a travaillé pendant six ans comme chef de la construction pour la Po Kee Works Co. Ltd., à Hong Kong; ses fonctions consistaient à effectuer des travaux de construction générale, à surveiller du personnel et des hommes de métier, ainsi qu'à contrôler les stocks.

(voir l'affidavit de Lam-Chow Chui, onglet 4 du dossier de requête du requérant)

6. Le capital net du requérant est, à l'heure actuelle, de 201 200 \$ CAN environ.

7. En août 1990, le requérant est arrivé au Canada pour participer à un séminaire sur les affaires à Vancouver (Colombie-Britannique). Il a une sœur, Joan Lai, qui est résidente permanente du Canada et qui vit à Coquitlam (Colombie-Britannique).

8. In December 1990, the Applicant applied to the Canadian Consulate General in Seattle, Washington for permanent residence in Canada.

(Exhibit "A" to applicant's affidavit)

9. It was the Applicant's expressed intention in applying for permanent residence in Canada that he would start a construction business in the town of Squamish, British Columbia. Prior to making the application, the Applicant investigated the possibilities of establishing such a business in Squamish and resolved that such a business would likely be a success given his experience in the construction industry and the business possibilities in Squamish that the Applicant had investigated during his 1990 visit to Squamish.

10. In support of the Applicant's application, the Applicant had financial statements prepared for his proposed business which set out a two-year projection for the revenues and expenses of the company.

(part of exhibit "A")

11. By a letter dated June 17, 1991, the Canadian Consulate General rejected the Applicant's application for permanent residence without ever affording him an interview. The reasons for the Applicant's rejection as set out in the said letter were as follows:

- (a) Lack of English language skills;
- (b) No business experience as a self-employed individual;
- (c) No evidence of qualifications or experience in the construction industry in a "North American milieu";
- (d) Lack of evidence to support his statement that he was employed as construction superintendent for six years;
- (e) The construction industry in British Columbia is currently suffering an economic downturn and thus no economic benefit would accrue to Canada from the establishment of a construction [sic] in the area; and
- (f) His personal liquid financial assets are inadequate for the successful establishment of a business in Canada

(Exhibit "B" to applicant's affidavit)

I believe it necessary to reproduce the letter forwarded to the applicant on June 17, 1991 in relation to his application for an immigrant visa (Exhibit "B" applicant's affidavit):

17 June 1991

Mr. Shui-Man Lam
Flat 1, 21/F, Block B
New Town Mansion
Tuen Mun, New Territories
Hong Kong

Dear Mr. Lam,

8. En décembre 1990, le requérant a présenté une demande de résidence permanente au Canada au Consulat général du Canada à Seattle (Washington).

(Pièce «A» jointe à l'affidavit du requérant)

9. En présentant sa demande de résidence permanente au Canada, le requérant a fait part de son intention de lancer une entreprise de construction à Squamish (Colombie-Britannique). Avant de présenter sa demande, le requérant a étudié les possibilités d'établir une telle entreprise dans cette ville et a déterminé qu'il l'exploiterait vraisemblablement avec succès, compte tenu de son expérience dans le domaine de la construction et des possibilités qu'offrait la ville sur le plan des affaires, possibilités qu'il avait étudiées lors de son séjour à Squamish en 1990.

10. À l'appui de sa demande, le requérant a fait établir pour son projet d'entreprise des états financiers présentant une projection sur deux ans des revenus et des dépenses de la compagnie.

(partie de la pièce «A»)

11. Dans une lettre datée du 17 juin 1991, le Consulat général du Canada a rejeté la demande de résidence permanente du requérant sans même lui accorder une entrevue. Les motifs indiqués dans la lettre sont les suivants:

- a) manque de compétences en anglais;
- b) pas d'expérience des affaires en tant que travailleur autonome;
- c) aucune preuve de qualifications ou d'expérience en construction dans un «cadre nord-américain»;
- d) manque de preuves à l'appui de sa déclaration qu'il a travaillé comme chef de la construction pendant six ans;
- e) l'industrie de la construction en Colombie-Britannique connaît à l'heure actuelle un recul et, de ce fait, le Canada ne tirerait aucun avantage économique de l'établissement d'une entreprise de construction dans la région; et
- f) liquidités personnelles insuffisantes pour implanter avec succès une entreprise au Canada

(Pièce «B» jointe à l'affidavit du requérant)

J'estime qu'il est nécessaire de reproduire ici le texte de la lettre qui a été envoyée au requérant le 17 juin 1991 au sujet de sa demande de visa d'immigrant (pièce «B» jointe à l'affidavit du requérant):

[TRADUCTION] 17 juin 1991

M. Shui-Man Lam
Flat 1, 21/F, Block B
New Town Mansion
Tuen Mun, New Territories
Hong Kong

Monsieur,

I write in reference to your application for permanent residence status in Canada as a Self-employed applicant.

The Canada Immigration Act and Regulations define a Self-employed immigrant as an individual who intends and has the ability to establish or purchase a business in Canada that will create an employment opportunity for himself and will make a significant contribution to the economy or the cultural or artistic life of Canada. In evaluating a self-employed application, we carefully review the individuals previous history of self-employment and the prospects for their self-employment in Canada according to the above definition. In addition to these factors, the applicant must have the resources to successfully establish themselves and their family in Canada and must be of good health and good character.

After a full and careful consideration of all factors in your application, I must, with regret, conclude that you are unable to meet the requirements to qualify as a self-employed immigrant to Canada.

Specifically, your lack of English language skills makes it unlikely that you could successfully establish and operate a self-employed business venture in Canada. You have no business experience as a self-employed individual in the past. Although you intended to establish a business "engaged in construction and general contracting" there is no evidence as to your qualifications or experience in the construction industry in a North American milieu. We note that your formal training was as a jewelry apprentice and that you claimed six years of experience as a construction superintendent is unsupported. The construction industry in the area of British Columbia in which you proposed to establish is currently suffering an economic downturn, due to the prolonged recession in Canada. No significant economic benefit would accrue to Canada from the establishment of any new enterprise in this area. Finally, your personal liquid financial assets are inadequate for the establishment of any business enterprise in Canada and the successful establishment of you and your spouse.

I must, therefore, refuse your application at this time. Thank you for your interest in Canada. If, at some future date, you wish to again be considered for immigration to Canada it will be necessary for you to submit a complete new application and processing fee. We would strongly suggest that any such application be submitted to the Canadian mission responsible for your country of permanent residence.

Sincerely,
Nigel H. Thomson
Consul

The respondents filed the affidavit of Nigel H. Thomson, the visa officer who refused the applicant's application. I believe it is necessary to reproduce part

La présente fait suite à votre demande de statut de résident permanent au Canada à titre de travailleur autonome.

Selon la Loi sur l'immigration du Canada et le règlement y afférent, l'expression «travailleur autonome» s'entend de l'immigrant qui a l'intention et qui est en mesure d'établir ou d'acheter une entreprise au Canada de façon à créer un emploi pour lui-même et à contribuer de manière significative à la vie économique, culturelle ou artistique du Canada. Lorsque nous apprécions la demande d'une personne qui compte travailler à son propre compte, nous examinons soigneusement, en fonction de la définition qui précède, les antécédents de cette personne sur le plan du travail autonome ainsi que les perspectives de travail autonome au Canada. Outre ces facteurs, le requérant doit posséder les ressources nécessaires pour que sa famille et lui-même s'établissent avec succès au Canada, et le requérant doit jouir d'une bonne santé et d'une bonne réputation.

Après avoir examiné soigneusement et d'une manière approfondie tous les facteurs que comporte votre demande, je suis au regret de conclure que vous ne réunissez pas les conditions voulues pour être un immigrant exerçant un travail autonome au Canada.

Plus précisément, votre manque de compétences en anglais fait qu'il y a peu de chances que vous puissiez établir et exploiter avec succès à votre propre compte une entreprise au Canada. Vous n'avez aucune expérience des affaires en tant que travailleur autonome. Vous comptiez établir une entreprise de «construction générale», mais il n'existe aucune preuve de vos qualifications ou de votre expérience en construction dans un cadre nord-américain. Nous avons noté que vous avez suivi une formation officielle comme apprenti bijoutier et que vous déclarez avoir six ans d'expérience comme chef de la construction; ces prétentions ne sont étayées d'aucune preuve. L'industrie de la construction dans le secteur de la Colombie-Britannique où vous avez proposé de vous établir est à l'heure actuelle en recul en raison de la récession prolongée que connaît le Canada. Le Canada ne tirerait aucun avantage économique important de l'établissement d'une nouvelle entreprise dans ce secteur. Enfin, vos liquidités personnelles sont insuffisantes pour implanter une entreprise quelconque au Canada et vous établir, votre épouse et vous-même, avec succès.

Je me vois donc dans l'obligation de rejeter cette fois-ci votre demande. Je vous remercie de l'intérêt que vous manifestez à l'égard du Canada. S'il advenait que vous désiriez présenter de nouveau une demande d'immigration au Canada, il vous sera nécessaire de soumettre une demande tout à fait nouvelle et d'acquitter les frais de traitement nécessaires. Nous vous suggérons fortement, dans ce cas, de soumettre votre demande au bureau canadien qui est chargé de votre pays de résidence permanente.

Veuillez agréer, Monsieur, mes salutations distinguées.

Nigel H. Thomson
Consul

Les intimés ont produit l'affidavit de Nigel H. Thomson, l'agent des visas qui avait rejeté la demande du requérant. Je crois qu'il est nécessaire de

of Mr. Thomson's affidavit as it outlines the procedure Mr. Thomson followed in deciding to refuse the applicant's application:

3. On 28 January, 1991 an application for permanent residence in Canada (IMM8) for the Applicant and his wife, along with supporting documentation, was received by the Immigration Section of the Canadian Consulate General
4. Mr. Lam requested that his application be assessed in the self-employed category for immigration, with the expressed intention to invest approximately 85,000 Canadian dollars in a new enterprise at Squamish, B.C. The business was to be engaged in construction and general contracting. The primary market Mr. Lam intended to pursue was in the Squamish and Whistler area.
5. Pursuant to Paragraph 2(1) of the Immigration Regulations, in order to meet the definition of self-employed person, the category in which he was applying, Mr. Lam was required to demonstrate that he had the ability to establish or purchase a business in Canada that would create an employment opportunity for himself and would make a significant contribution to the economy or the cultural or artistic life of Canada. In accordance with the Regulation 8(1)(b), I assessed Mr. Lam's application on the basis of each of the factors listed in column I of Schedule I, other than the factor set out in item 5 thereof which was not relevant to this application.
6. Because Mr. Lam proposed to establish a business engaged in construction and general contracting, I assigned the occupation of Foreman, Construction. He was assessed according to the requirements for this occupation as specified in the Canadian Classification and Dictionary of Occupations (CCDO). The CCDO, inter alia, provides an analysis of occupations and lists the Specific Vocational Preparation (SVP) (measured by the amount of time needed to acquire the information, techniques, and skills for average work performance in a specific occupation). The CCDO code for Foreman, Construction was 8780-114. (Exhibit C refers.) The occupational demand factor for this [*sic*] construction occupations, including Foreman, Construction, was zero. The appropriate pages of the Occupational Demand List are attached as Exhibit D (note that an absence of an entry on this list indicates that the CCDO occupation is to be accorded zero demand factor). The SVP assigned for the occupation was 8 which indicated that over 4 years up to [*sic*] including 10 years of training were required. (Exhibit E refers.) Pursuant to Schedule 1 to the Immigration Regulations, such training equated to 13 units of assessment. I assigned three units of assessment for English (one point each for speaking, writing and reading English "with difficulty"). Therefore, Mr. Lam received the following units of assessment:

reproduire en partie le texte de cet affidavit, car il décrit comment M. Thomson en est arrivé à sa décision:

[TRADUCTION]

3. Le 28 janvier 1991, la Section d'immigration du Consulat général du Canada a reçu une demande de résidence permanente au Canada (IMM8), accompagnée de documents à l'appui, concernant le requérant et son épouse
4. M. Lam a demandé que l'on apprécie sa demande dans la catégorie «travailleur autonome» aux fins de l'immigration, son intention étant d'investir environ 85 000 \$ CAN dans une nouvelle entreprise, à Squamish (C.-B.). Il devait s'agir d'une entreprise de construction générale. Le principal marché que M. Lam comptait exploiter était la région de Squamish et de Whistler.
5. Selon le paragraphe 2(1) du Règlement sur l'immigration, pour satisfaire à la définition de «travailleur autonome», la catégorie dans laquelle il présentait sa demande, M. Lam était tenu de faire la preuve qu'il était en mesure d'établir ou d'acheter une entreprise au Canada qui créerait un emploi pour lui-même et contribuerait de façon significative à la vie économique, culturelle ou artistique du Canada. Conformément à l'alinéa 8(1)b) dudit Règlement, j'ai apprécié la demande de M. Lam en fonction de chacun des facteurs énumérés à la colonne I de l'annexe I, à part le facteur visé à l'article 5 de cette annexe, qui était sans rapport avec la demande.
6. Comme M. Lam se proposait d'établir une entreprise de construction générale, je lui ai attribué la profession de contremaître en construction. Son cas a été apprécié en fonction des exigences de la Classification canadienne descriptive des professions (CCDP) qui s'appliquaient à cette profession. Entre autres caractéristiques, la CCDP présente une analyse de diverses professions et énumère la «préparation professionnelle spécifique» (PPS) (laquelle est mesurée par le temps qu'il faut pour acquérir les informations, les techniques et les compétences nécessaires pour fournir un rendement au travail moyen dans une profession donnée). Le code de la CCDP pour la profession de contremaître en construction était 8780-114. (Voir la pièce C.) Le facteur de «demande dans la profession» concernant ces professions de la construction, y compris celle de contremaître en construction, était nul. Les pages applicables de la liste de demandes par profession sont jointes ci-après en tant que pièce D (il est à noter que l'absence d'une inscription sur cette liste signifie qu'il faut attribuer à la profession de la CCDP en question un facteur «demande» de zéro). La PPS attribuée à la profession était de 8, ce qui indiquait qu'il fallait avoir suivi entre 4 ans et 10 ans inclusivement de formation. (Voir la pièce E.) Selon l'annexe I du Règlement sur l'immigration, cette formation équivalait à 13 points d'appréciation. J'ai attribué trois points d'appréciation pour la connaissance de l'anglais (soit un point pour l'aptitude à parler, un point pour l'aptitude à écrire et un point pour l'aptitude à lire

Age	10	
Occupational Factor	0	
Specific Vocational Preparation		<i>a</i>
Experience	13	
Arranged Employment	4	
Demographic Factor	N/A	
Education	5	
English	9	
French	3	<i>b</i>
	0	

l'anglais, «avec difficulté» dans les trois cas). M. Lam a donc obtenu les points d'appréciation suivants:

Âge	10
Demande dans la profession	0
Préparation professionnelle spécifique	13
Expérience	4
Emploi réservé	S.O.
Facteur démographique	5
Études	9
Anglais	3
Français	0

7. Further, in accordance with Regulation 8(4), I reviewed Mr. Lam's application to determine if he would be able to become successfully established in his occupation or business in Canada as a self-employed person. In particular, I considered the following specific factors as presented in Mr. Lam's application:
- Mr. Lam indicated that he had limited ability in the English language. *c*
 - Mr. Lam did not provide verifiable evidence that he had experience as a self-employed individual in the construction or related fields. *d*
 - His application did not contain verifiable evidence to support his claim of six years of work experience as a Construction Superintendent in Hong Kong. *e*
 - Mr. Lam indicated on his application that he had apprenticed as a jeweller from 1978 to 1981 but did not indicate any formal apprenticeship, schooling, training or certification in Hong Kong in any construction trade or related occupation. *f*
 - I noted that the General and Designated Occupation List accorded all construction occupations zero units of occupational demand. *g*
8. I also considered the money which was available to Mr. Lam. Mr. Lam indicated a total personal net worth of 162,172 Canadian dollars. I noted that much of this sum depended on the successful liquidation of his property in Hong Kong, his principle asset. Based upon my experience in evaluating applications for self-employed persons, I came to the conclusion that this amount of money would be inadequate to begin a business in Squamish, British Columbia and to establish a family of two persons. *h*
9. Considering all of these factors, I determined that Mr. Lam could not become successfully established in his business or intended occupation in Canada. I determined that Mr. Lam did not meet the definition of self-employed person and I therefore did not accord Mr. Lam the 30 units of assessment for self-employment described in Regulation R8(4). Mr. Lam therefore received a total of 44 units of assessment. *i*

7. De plus, en accord avec le paragraphe 8(4) du Règlement, j'ai examiné la demande de M. Lam pour déterminer s'il serait en mesure d'exercer sa profession ou d'exploiter son entreprise avec succès au Canada en tant que travailleur autonome. J'ai notamment pris en compte les facteurs suivants présentés dans sa demande:
- M. Lam a indiqué qu'il avait une connaissance limitée de la langue anglaise.
 - M. Lam n'a pas établi d'une manière vérifiable qu'il avait de l'expérience comme travailleur autonome dans le domaine de la construction ou un domaine connexe.
 - Sa demande ne contenait pas de preuves vérifiables qui confirmaient sa prétention qu'il avait travaillé pendant six ans comme chef de la construction à Hong Kong.
 - Dans sa demande, M. Lam a indiqué qu'il avait travaillé comme apprenti bijoutier de 1978 à 1981; toutefois, il n'a pas indiqué avoir suivi une formation officielle ou obtenu une reconnaissance professionnelle à Hong Kong dans un métier quelconque de la construction ou une profession connexe.
 - J'ai noté que la Liste des professions générales et désignées n'attribuait aucun point d'appréciation aux professions de la construction au chapitre du facteur «demande dans la profession».
8. J'ai également tenu compte de l'argent dont disposait M. Lam. Ce dernier a déclaré que sa valeur nette personnelle était de 162 172 \$ CAN en tout. J'ai noté que cette somme dépendait en grande partie de la vente fructueuse de sa demeure à Hong Kong, qui constitue son bien principal. En me fiant à mon expérience de l'appréciation des demandes de travailleur autonome, je suis arrivé à la conclusion que cette somme d'argent ne suffirait pas pour lancer une entreprise à Squamish (Colombie-Britannique) et pour établir une famille de deux personnes.
9. Compte tenu de l'ensemble de ces facteurs, j'ai jugé que M. Lam ne serait pas en mesure d'exploiter son entreprise ou d'exercer sa profession avec succès au Canada. J'ai également jugé que M. Lam ne satisfaisait pas à la définition d'un travailleur autonome et je ne lui ai donc pas attribué les 30 points d'appréciation mentionnés au paragraphe 8(4) du Règlement pour les travailleurs autonomes. M. Lam a donc obtenu 44 points d'appréciation en tout.

10. Given this result, Mr. Lam could not have met the minimum requirement of 70 units of assessment to qualify as a self-employed immigrant as required by Regulation 9(1)(b)(i) even if he had been accorded the maximum 10 units of assessment for Personal Suitability after an interview. I therefore concluded that no purpose would be served in calling Mr. Lam for a personal interview and that Mr. Lam's application was refused.
11. Having considered all aspects of the application, a letter informing Mr. Lam that the application had been refused was sent on 17 June, 1991 . . .

As can be seen in paragraph 10 of Mr. Thomson's affidavit, Mr. Thomson decided, due to the fact that the applicant could not have met the minimum requirement of 70 units of assessment to qualify as a self-employed immigrant as required by subparagraph 9(1)(b)(i) of the *Immigration Regulations, 1978* [SOR/78-172 (as am. by SOR/85-1038, s. 4)] even if he had been accorded the maximum 10 units of assessment for personal suitability after an interview, not to grant the applicant an interview as no purpose would be served and this, notwithstanding the wording of Schedule I, Factor 9:

<u>Factors</u>	<u>Criteria</u>	<u>Max. Units</u>
9. Personal Suitability	Units of assessment shall be awarded on the basis of an interview with the person to reflect the personal suitability of the person and his dependants to become successfully established in Canada based on the person's adaptability, motivation, initiative, resourcefulness and other similar qualities. [Underlining mine.]	10

I take this to mean that after an interview with the prospective immigrant, the officer doing the assessment must award up to 10 units depending on his finding as to the personal suitability of the prospective immigrant to become successfully established based on the person's qualities. In the event that 10

10. Vu ce résultat, M. Lam n'aurait pu obtenir le nombre minimal requis de 70 points d'appréciation pour être considéré comme un immigrant exerçant un travail autonome, ainsi que le prescrit le sous-alinéa 9(1)(b)(i) du Règlement, et ce, même si on lui avait attribué le nombre maximal de 10 points d'appréciation pour sa «personnalité» après avoir passé une entrevue. J'ai donc conclu qu'il ne serait d'aucune utilité de convoquer M. Lam à une entrevue et que sa demande serait rejetée.
11. Tous les aspects de la demande ayant été pris en considération, une lettre informant M. Lam que sa demande avait été rejetée a été envoyée le 17 juin 1991 . . .

Comme on peut le constater au paragraphe 10 de l'affidavit de M. Thomson, ce dernier a décidé qu'étant donné que le requérant n'aurait pu atteindre le nombre minimal requis de 70 points d'appréciation pour être considéré comme un immigrant travaillant à son propre compte, ainsi que l'exige le sous-alinéa 9(1)(b)(i) du *Règlement sur l'immigration de 1978* [DORS/78-172 (mod. par DORS/85-1038, art. 4)], même si on lui avait attribué le nombre maximal de 10 points d'appréciation pour le facteur «personnalité» après une entrevue, il n'accorderait pas d'entrevue au requérant car cela ne serait d'aucune utilité, indépendamment de ce qui est indiqué au facteur 9 de l'annexe I:

<u>Facteurs</u>	<u>Critères</u>	<u>Nombre maximal de points</u>
9. Personnalité	Des points d'appréciation sont attribués au requérant au cours d'une entrevue qui permet de déterminer si lui-même et les personnes à sa charge sont en mesure de s'établir avec succès au Canada, suivant sa faculté d'adaptation, sa motivation, son esprit d'initiative, son ingéniosité et autres qualités semblables. (C'est moi qui souligne.)	10

Si j'ai bien compris, cela signifie qu'après une entrevue avec l'éventuel immigrant, l'agent chargé de l'appréciation de son cas doit attribuer jusqu'à 10 points, suivant son évaluation de la personnalité de l'immigrant en question, pour que ce dernier puisse s'établir avec succès. Si l'agent attribue le nombre

units, the maximum, are awarded, I take this to mean that in the opinion of the interviewing officer, he or she is satisfied that the prospective immigrant has the personal suitability to become successfully established in Canada based on the prospective immigrant's adaptability, motivation, initiative, resourcefulness and other similar characteristics.

It is to be noted that Mr. Thomson, in paragraph 10 of his affidavit states that even if he had awarded the applicant the maximum 10 units he could not have qualified as a self-employed immigrant.

Issue

The issue in this case is to determine whether a person who makes application for a visa as a self-employed immigrant must be interviewed in order for the visa officer to properly assess the Factor 9 issue of "Personal Suitability" found in Schedule I to the Regulations. The question being, does the visa officer have the discretion to grant or not grant an interview?

Applicant's submissions

The applicant submits that the regulatory scheme pursuant to which Parliament mandates the basis for immigration decisions is, for the present application, set out in subsection 9(2) of the *Immigration Act*, 1976 [S.C. 1976-77, c. 52, s. 1], in subsections 8(2), 8(4) and 11(3) of the Regulations and in Schedule I of the Regulations.

Counsel for the applicant submits that the applicant was not granted an interview. The visa officer now states that he had determined that Mr. Lam would not qualify in any event and on that basis, counsel submits, the visa officer took away the applicant's right to an interview. Counsel submits that the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2] provides every person applying for a visa shall be assessed by a visa officer and the Regulations provide that a visa officer shall award units of assessment in accordance with Schedule I. Schedule I provides that, with respect to personal suitability, units of assessment shall be awarded on the basis of an interview and, in this case,

maximal de points, soit 10, cela signifie, selon moi, que l'agent préposé à l'entrevue est convaincu que l'éventuel immigrant possède la personnalité requise pour s'établir avec succès au Canada, selon sa faculté d'adaptation, sa motivation, son esprit d'initiative, son ingéniosité et d'autres caractéristiques analogues.

Il est à noter que M. Thomson déclare, au paragraphe 10 de son affidavit, que même s'il avait attribué au requérant le nombre maximal de 10 points d'appréciation, ce dernier n'aurait pu réunir les conditions voulues pour être un immigrant travaillant à son propre compte.

Le point en litige

Le point litigieux dans cette affaire consiste à déterminer si une personne qui présente une demande de visa à titre d'immigrant travaillant à son propre compte doit passer une entrevue pour que l'agent des visas apprécie convenablement la question de la «personnalité», soit le facteur 9 de l'annexe I du Règlement. La question qui se pose est la suivante: l'agent des visas a-t-il le pouvoir discrétionnaire d'accorder ou non une entrevue?

Les arguments du requérant

Le requérant fait valoir que, pour les besoins de la présente espèce, le système de réglementation sur lequel le législateur fait reposer les décisions en matière d'immigration est exposé au paragraphe 9(2) de la *Loi sur l'immigration de 1976* [S.C. 1976-77, chap. 52, art. 1], aux paragraphes 8(2), 8(4) et 11(3) du Règlement ainsi qu'à l'annexe I du Règlement.

L'avocat du requérant fait valoir que l'on n'a pas accordé d'entrevue à son client. L'agent des visas déclare pour sa part qu'il avait jugé que M. Lam ne réunirait de toute façon pas les conditions voulues; selon l'avocat, l'agent des visas a de ce fait privé le requérant de son droit à une entrevue. L'avocat a ajouté que la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), chap. I-2] précise que le cas d'un demandeur de visa doit être apprécié par un agent des visas, et que, d'après le Règlement, cet agent doit attribuer des points d'appréciation suivant les facteurs énumérés à l'annexe I. Selon cette annexe, en ce qui concerne la question de la personnalité, les points d'appréciation

the visa officer chose not to grant an interview. Counsel now states the visa officer's decision must now be quashed for his failure to grant the applicant an interview and that he must be compelled to grant the applicant an interview. Counsel submits that a visa officer does not make the rules, he is obligated to apply the rules. He cannot, counsel submits, decide not to grant the interview which Schedule I to the Regulations concerning Factor 9 "Personal Suitability" states must be granted to an applicant.

In addition to the above submission, counsel states that the visa officer came to broad sweeping conclusions without disclosing the basis for his conclusions. Counsel submits the visa officer found that the fact of difficulty with the English language would be a serious impediment to the applicant in the construction industry.

Counsel submits that the *Immigration Act* is designed to promote immigration and it should be given an interpretation appropriate to that goal. Counsel further submits that a visa officer should conduct himself fairly. He cannot conduct himself capriciously. The basis of the visa officer's ability to decide on all of the matters in issue would have been assisted had Mr. Lam been granted an interview.

Respondents' submissions

Respondents submit that the visa officer did make a proper interpretation under the statute and Regulations as to whether the applicant was a self-employed person and that the visa officer directed his mind to the proper question and that his conclusion was not patently unreasonable.

Counsel further submits that the assessment process is a two-stage process and that it is only after an applicant has passed the first stage, an assessment of the application, that an interview should be granted. That is, if the visa officer decides after assessing the application that an interview is warranted, he or she would then grant an interview. Counsel submits that in the case before me there was no purpose to grant the applicant an interview as even if he were granted the 10 units for "Personal Suitability", the applicant could not have achieved the required 70 units.

sont attribués à la suite d'une entrevue et, dans ce cas-ci, l'agent des visas a décidé de ne pas en accorder. L'avocat déclare qu'il faut maintenant annuler la décision de l'agent parce que celui-ci n'a pas accordé d'entrevue au requérant alors qu'il était tenu de le faire. L'avocat fait valoir que ce n'est pas l'agent qui fixe les règles; il est tenu de les appliquer. Il ne peut pas décider de ne pas accorder une entrevue qui, selon l'annexe I du Règlement, en ce qui concerne le facteur 9 (la «personnalité»), doit être accordée au requérant.

Outre ce qui précède, l'avocat déclare que l'agent des visas est arrivé à des conclusions très étendues sans révéler sur quoi il s'est fondé. L'avocat allègue que l'agent des visas a déterminé que le fait que le requérant avait de la difficulté à s'exprimer en anglais serait pour lui un obstacle sérieux dans l'industrie de la construction.

L'avocat soutient que la *Loi sur l'immigration* est conçue pour favoriser l'immigration et qu'il faut l'interpréter d'une manière qui convienne à cet objectif. De plus, l'agent des visas doit agir de manière juste. Il ne peut se comporter capricieusement. Le fait d'avoir accordé une entrevue à M. Lam aurait permis à l'agent des visas de mieux se prononcer sur l'ensemble des points en cause.

Les arguments des intimés

Les intimés font valoir que l'agent des visas a correctement déterminé, en vertu de la Loi et du Règlement, si le requérant était un travailleur autonome, que l'agent des visas s'est attaché à la question pertinente et que la conclusion à laquelle il est arrivé n'était pas clairement abusive.

L'avocat fait valoir de plus que l'appréciation d'un cas est un processus qui comporte deux étapes et que ce n'est qu'après que le requérant a franchi la première, soit l'appréciation de sa demande, que l'on doit accorder une entrevue. C'est-à-dire que si l'agent des visas décide, après avoir apprécié la demande, qu'il est justifié de faire passer une entrevue au requérant, il la lui accordera. Selon l'avocat, dans la présente espèce, il n'était d'aucune utilité d'accorder une entrevue au requérant car, même si ce dernier avait obtenu les 10 points prévus pour le facteur «per-

Furthermore, counsel submits that the word "shall" found in Factor 9 of Schedule I is not before the word "interview" but is before the words "be awarded". This, counsel submits, indicates that the visa officer "shall" award units not "shall" interview.

I will state immediately that I cannot, with all due respect to counsel, accept this line of reasoning. If units "shall be awarded" these units cannot be awarded unless it is "on the basis of an interview" with the person.

Discussion

Viewing the facts of this case and in particular the manner in which the visa officer came to the conclusion that the applicant was unable to meet the requirements to qualify as a self-employed immigrant to Canada, I believe it necessary to repeat what the Associate Chief Justice of the Federal Court of Canada states as to Parliament's intention in enacting the *Immigration Act*. In the case of *Yang v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1989), 36 Admin. L.R. 235 (F.C.T.D.), page 237, Mr. Justice Jerome states:

It is important to bear in mind that Parliament's intention in enacting the *Immigration Act* is to define Canada's immigration policy both to Canadians and to those who wish to come here from abroad. Such a policy cannot exist without complex regulations, a good many of which appear to be restrictive in nature, but the policy should always be interpreted in positive terms. The purpose of the statute is to permit immigration, not prevent it, and it is the corresponding obligation of immigration officers to provide a thorough and fair assessment in compliance with the terms and the spirit of the legislation. [Underlining mine.]

This statement as to Parliament's intention in enacting the *Immigration Act* was repeated by the Associate Chief Justice in the case of *Ho v. Minister of Employment & Immigration* (1989), 27 F.T.R. 241 (F.C.T.D.), at pages 241-242.

sonnalité», il n'aurait pas atteint le nombre requis de 70 points.

Par ailleurs, l'avocat soutient qu'au facteur 9 de l'annexe I—dans la version anglaise du Règlement—le mot «*shall*» n'est pas placé devant le mot «*interview*», mais devant les mots «*be awarded*». Il n'est donc pas dit—toujours dans la version anglaise du Règlement—que l'agent des visas «accorde» une entrevue mais qu'il «attribue» des points d'appréciation.

Je le dis tout de suite, malgré tout le respect que je dois à l'avocat des intimés, je ne puis souscrire à cet argument. Des points d'appréciation ne «sont attribués au requérant», le cas échéant, qu'«au cours d'une entrevue».

d Analyse

Compte tenu des faits de la présente espèce et, notamment, de la manière dont l'agent des visas est arrivé à la conclusion que le requérant ne pouvait remplir les conditions voulues pour être accepté au Canada comme immigrant travaillant à son propre compte, je crois qu'il est nécessaire de répéter ici ce qu'a dit le juge en chef adjoint de la Cour fédérale du Canada au sujet du but que visait le législateur lorsqu'il a promulgué la *Loi sur l'immigration*. Dans l'affaire *Yang c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1989), 36 Admin. L.R. 235 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 237 du recueil, le juge Jerome a déclaré ceci:

Il est important de se rappeler que l'intention du Parlement, en édictant la *Loi sur l'immigration*, était d'exposer la politique du Canada en matière d'immigration aussi bien aux Canadiens qu'aux étrangers désireux de venir s'établir ici. Cette politique ne peut exister sans règlements complexes, dont bon nombre semblent être restrictifs, mais la politique en question devrait toujours être interprétée de façon positive. La loi vise à permettre l'immigration et non à y faire obstacle, et les agents d'immigration sont par conséquent tenus de faire une appréciation juste et consciencieuse, conforme au libellé et à l'esprit de la législation. [C'est moi qui souligne.]

Le juge en chef adjoint a repris ces observations dans l'affaire *Ho c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1989), 27 F.T.R. 241 (C.F. 1^{re} inst.), aux pages 241 et 242 du recueil.

Both the *Yang* case (A-169-89) and the *Ho* case (A-187-89) were appealed to the Federal Court of Appeal. On May 22, 1990, Mr. Justice Mahoney denied the appeals for reasons not totally related to the facts in the case before me.

With the above principle as the base, it becomes incumbent to examine what occurred in this case.

The applicant filed an application for a visa as a self-employed immigrant. Subsection 9(2) of the *Immigration Act* states:

9. ...

(2) Every person who makes an application for a visa shall be assessed by a visa officer for the purpose of determining whether the person appears to be a person who may be granted landing or entry, as the case may be.

The visa officer assessed the applicant's application and concluded that he could award the applicant 44 units. Mr. Thomson also states he reviewed the application with a view to determine if the applicant would be able to become successfully established pursuant to subsection 8(4) of the Regulations and concluded he could not successfully establish himself for the reasons given in his affidavit. This conclusion was reached by the visa officer without an interview.

Section 8 of the Regulations states:

8. (1) For the purpose of determining whether an immigrant and his dependants, other than a member of the family class or a Convention refugee seeking resettlement, will be able to become successfully established in Canada, a visa officer shall assess that immigrant or, at the option of the immigrant, the spouse of that immigrant,

(a) in the case of an immigrant, other than an immigrant described in paragraph (b), (c) or (e), on the basis of each of the factors listed in column I of Schedule I;

(b) in the case of an immigrant who intends to be a self-employed person in Canada, on the basis of each of the factors listed in column I of Schedule I, other than the factor set out in item 5 thereof;

(c) in the case of an entrepreneur, an investor or a provincial nominee, on the basis of each of the factors listed in column I of Schedule I, other than the factors set out in items 4 and 5 thereof;

(d) Revoked SOR/85-1038, s. 3(2);

(e) in the case of a retired person, on the basis of

L'affaire *Yang* (A-169-89) et l'affaire *Ho* (A-187-89) ont toutes deux été soumises à la Cour d'appel fédérale. Le 22 mai 1990, le juge Mahoney les a rejetées pour des motifs qui n'ont pas tout à fait rapport avec les faits de la présente espèce.

Si l'on prend pour base le principe exposé ci-dessus, il est nécessaire d'examiner ce qui s'est passé dans cette affaire-ci.

Le requérant a présenté une demande de visa à titre d'immigrant travaillant à son propre compte. La *Loi sur l'immigration* dit ce qui suit, au paragraphe 9(2):

9. ...

(2) Le cas du demandeur de visa est apprécié par l'agent des visas qui détermine s'il semble répondre aux critères de l'établissement ou de l'autorisation de séjour.

L'agent des visas a apprécié la demande du requérant et a conclu qu'il attribuerait à ce dernier 44 points d'appréciation. M. Thomson déclare aussi qu'il a examiné la demande en se demandant si le requérant serait en mesure de s'établir avec succès au pays, en accord avec le paragraphe 8(4) du Règlement, avant de conclure que ce n'était pas le cas pour les raisons qu'il a données dans son affidavit. L'agent des visas a tiré cette conclusion sans faire passer d'entrevue au requérant.

Voici ce que dit l'article 8 du Règlement:

8. (1) Afin de déterminer si un immigrant et les personnes à sa charge, autres qu'une personne appartenant à la catégorie de la famille ou qu'un réfugié au sens de la Convention cherchant à se rétablir, seront en mesure de s'établir avec succès au Canada, un agent des visas doit apprécier cet immigrant ou, au choix de ce dernier, son conjoint.

a) dans le cas d'un immigrant qui n'est pas visé aux alinéas b), c) ou e), suivant chacun des facteurs énumérés dans la colonne I de l'annexe I;

b) dans le cas d'un immigrant qui compte devenir un travailleur autonome au Canada, suivant chacun des facteurs énumérés dans la colonne I de l'annexe I, autre que le facteur visé à l'article 5 de cette annexe;

c) dans le cas d'un entrepreneur, d'un investisseur ou d'un candidat d'une province, suivant chacun des facteurs énumérés dans la colonne I de l'annexe I, sauf ceux visés aux articles 4 et 5 de cette annexe;

d) abrogé: DORS/85-1038, par. 3(2);

e) dans le cas d'un retraité, suivant chacun des facteurs suivants:

(i) the location in which the immigrant intends to reside,

(ii) the presence of friends or relatives of the immigrant in the locality in which he intends to reside, and

(iii) the potential of the immigrant for adjusting to life in Canada, his motivation and whether he has sufficient financial resources to support himself and his accompanying dependants without receiving any financial social benefits that may be paid to him by any department or agency of a municipal, provincial or federal government in Canada.

(2) A visa officer shall award to an immigrant who is assessed on the basis of factors listed in column I of Schedule I the appropriate number of units of assessment for each factor in accordance with the criteria set out in column II thereof opposite that factor, but he shall not award for any factor more units of assessment than the maximum number set out in column III thereof opposite that factor.

(3) Revoked: SOR/85-1038, s. 3(3).

(4) Where a visa officer assesses an immigrant who intends to be a self-employed person in Canada, he shall, in addition to any other units of assessment awarded to that immigrant, award 30 units of assessment to the immigrant if, in the opinion of the visa officer, the immigrant will be able to become successfully established in his occupation or business in Canada.

As I have stated, the visa officer in his affidavit states that even if he had allowed 10 units for Factor 9 of Schedule I to the Regulations, Mr. Lam would not have attained the 70 units required. I have also stated that by allowing 10 units for Factor 9, it is implied that the applicant is an individual with all of the qualities listed in Factor 9, that is, he is a person who can adapt, is a person who is motivated, is a person who has initiative, is a person who is resourceful and is a person who has other similar qualities. Subsection 8(4) of the Regulations allows the visa officer to assess an immigrant who intends to be a self-employed person in Canada. In addition to the other units awarded, an additional 30 units of assessment may be awarded if, in the opinion of the visa officer, the immigrant will become successfully established in his occupation or business.

I am satisfied that by not having granted the applicant an interview, the visa officer was not in a position to determine whether or not he would have allowed the 30 units of assessment in subsection 8(4) of the Regulations in that, it is assumed that this

i) l'endroit où l'immigrant a l'intention d'établir son lieu de résidence,

ii) la présence d'amis ou de parents de l'immigrant dans la localité où ce dernier a l'intention d'établir son lieu de résidence, et

iii) l'aptitude de l'immigrant à s'adapter à la vie canadienne, sa motivation et l'état de ses ressources financières qui doivent être suffisantes pour subvenir à ses besoins et à ceux des personnes à sa charge qui l'accompagnent sans recourir aux prestations de bien-être social que peuvent lui verser les autorités municipales, provinciales ou fédérales.

(2) Un agent des visas doit donner à l'immigrant qui est apprécié suivant les facteurs énumérés dans la colonne I de l'annexe I le nombre voulu de points d'appréciation pour chaque facteur, en s'en tenant au maximum fixé à la colonne III, conformément aux critères visés dans la colonne II de cette annexe vis-à-vis de ce facteur.

(3) Abrogé: DORS/85-1038, par. 3(3).

(4) Lorsqu'un agent des visas apprécie un immigrant qui compte devenir un travailleur autonome au Canada, il doit, outre tout autre point d'appréciation accordé à l'immigrant, lui attribuer 30 points supplémentaires s'il est d'avis que l'immigrant sera en mesure d'exercer sa profession ou d'exploiter son entreprise avec succès au Canada.

Ainsi que je l'ai indiqué, l'agent des visas déclare dans son affidavit que même s'il avait attribué 10 points d'appréciation pour le facteur 9 de l'annexe I du Règlement, M. Lam n'aurait pas obtenu les 70 points requis. J'ai aussi dit qu'en allouant 10 points pour le facteur 9, il est sous-entendu que le requérant possède toutes les qualités qui sont énumérées à ce facteur, c'est-à-dire qu'il s'agit d'une personne qui peut s'adapter, d'une personne qui est motivée, d'une personne qui a l'esprit d'initiative, d'une personne ingénieuse et d'une personne qui possède d'autres qualités semblables. Le paragraphe 8(4) du Règlement permet à l'agent des visas d'apprécier le cas d'un immigrant qui compte devenir un travailleur autonome au Canada, et d'attribuer, outre les points d'appréciation accordés à l'immigrant, 30 points de plus s'il est d'avis que l'immigrant en question exercera sa profession ou exploitera son entreprise avec succès.

Je suis persuadé qu'en n'accordant pas d'entrevue au requérant, l'agent des visas n'était pas en mesure de déterminer s'il aurait attribué ou non les 30 points d'appréciation dont il est question au paragraphe 8(4) du Règlement, en ce sens qu'il est supposé que le

applicant has all of the qualities mentioned in Factor 9 of Schedule I to the Regulations.

In addition, subsection 11(3) of the *Immigration Regulations, 1978* permits a visa officer to issue a visa even if the applicant is not awarded the necessary number of units under certain conditions:

11. . . .

(3) A visa officer may

(a) issue an immigrant visa to an immigrant who is not awarded the number of units of assessment required by section 9 or 10 or who does not meet the requirements of subsection (1) or (2), or

(b) refuse to issue an immigrant visa to an immigrant who is awarded the number of units of assessment required by section 9 or 10,

if, in his opinion, there are good reasons why the number of units of assessment awarded do not reflect the chances of the particular immigrant and his dependants of becoming successfully established in Canada and those reasons have been submitted in writing to, and approved by, a senior immigration officer.

Taking the facts in this case as they are, that is, that the present applicant has all of the qualities mentioned in Factor 9 of Schedule I to the Regulations, how can the visa officer form a valid opinion under subsection 11(3) of the Regulations without an interview? I believe that he could not do so.

I am satisfied that the visa officer should have granted the applicant an interview but does this mean to say that an interview must be granted according to the Regulations and to the Act?

I am satisfied that the visa officer erred in deciding not to grant the applicant an interview pursuant to Factor 9 of Schedule I to the Regulations as I believe the visa officer has no discretion but to grant the interview mentioned in Factor 9. It is incumbent upon the visa officer to follow the procedure set out in the statute.

In the case of *Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)*, [1989] 3 F.C. 309 (T.D.), the Court held that by not applying the provisions of the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order* (EARP Guidelines

requérant possède toutes les qualités mentionnées au facteur 9 de l'annexe I du Règlement.

De plus, le paragraphe 11(3) du *Règlement sur l'immigration de 1978* permet à l'agent des visas de délivrer un visa au requérant même si ce dernier n'obtient pas le nombre de points d'appréciation requis, et ce, dans certaines conditions:

11. . . .

(3) L'agent des visas peut

a) délivrer un visa d'immigrant à un immigrant qui n'obtient pas le nombre de points d'appréciation requis par les articles 9 ou 10 ou qui ne satisfait pas aux exigences des paragraphes (1) ou (2), ou

b) refuser un visa d'immigrant à un immigrant qui obtient le nombre de points d'appréciation requis par les articles 9 ou 10,

s'il est d'avis qu'il existe de bonnes raisons de croire que le nombre de points d'appréciation obtenu ne reflète pas les chances de cet immigrant particulier et des personnes à sa charge de s'établir avec succès au Canada et que ces raisons ont été soumises par écrit à un agent d'immigration supérieur et ont reçu l'approbation de ce dernier.

Si l'on considère les faits de la présente espèce tels qu'ils sont, c'est-à-dire que le requérant possède toutes les qualités mentionnées au facteur 9 de l'annexe I du Règlement, comment l'agent des visas pouvait-il se former une opinion valable conforme au paragraphe 11(3) du Règlement, sans faire passer une entrevue au requérant? Je crois que cela était impossible.

Je suis persuadé que l'agent des visas aurait dû accorder une entrevue au requérant; cependant, cela veut-il dire qu'il faut en accorder une selon le Règlement et la Loi?

Je suis convaincu que l'agent des visas a commis une erreur en décidant de ne pas accorder une entrevue au requérant en vertu du facteur 9 de l'annexe I du Règlement, car je crois qu'il n'avait pas d'autre choix. Il lui incombait de se conformer à la procédure exposée dans la Loi.

Dans l'affaire *Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [1989] 3 C.F. 309 (1^{re} inst.), la Cour a statué qu'en n'appliquant pas les dispositions du *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'exa-*

Order), the Minister failed to comply with his statutory duty. So here, the visa officer by not following the procedure in Factor 9, failed in his statutory duty. The use of the word “shall” as used in Factor 9 clearly indicates an obligation to hold an interview to assess the applicant’s “qualities” and thus enable the visa officer to come to a valid opinion pursuant to subsections 8(4) or 11(3) of the Regulations.

In the case of *Yang v. M.E.I. (supra)* at page 237, the Associate Chief Justice speaks of a two-stage assessment process:

Applications for permanent residence under the self-employed provisions of the *Immigration Act* and regulations involve a two-stage assessment process. The first phase of the assessment is a paper screening process in which immigration officials evaluate documents submitted by applicants and decide if the application process should be continued. If the applicant passes this phase, he is invited to an interview with a visa officer.

After reading the *Yang* decision I do not know on what specific basis the Associate Chief Justice concluded that an application for permanent residence under the self-employed provisions of the *Immigration Act* and Regulations is a “two-stage assessment process”. There is no doubt that there are two stages, the filing of the application and the assessment of same pursuant to subsection 9(2) of the *Immigration Act* and the second stage, if one may call it that, for the personal suitability assessment pursuant to Factor 9 of Schedule I to the Regulations but this, in my view, does not mean that the visa officer doing the assessment can validly complete the assessment without the interview required by Factor 9.

This is indicated by the statement of Mr. Justice Stone in the case of *Muliadi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 2 F.C. 205 (C.A.). Mr. Justice Stone, in speaking for the Court of Appeal states [at pages 215-216]:

In deciding whether the appellant was accorded procedural fairness, it is necessary to examine the legislative framework in which the visa officer was required to decide the matter.

men en matière d’environnement (PEEE), le ministre ne s’était pas conformé au devoir que lui imposait la loi. Dans la présente espèce, en ne se conformant pas à la procédure exposée au facteur 9, l’agent des visas a de ce fait failli au devoir que lui imposait la loi. La présence du mot «*shall*» au facteur 9—dans la version anglaise du Règlement—dénote clairement qu’il est obligatoire de tenir une entrevue pour apprécier les «qualités» du requérant et permettre ainsi à l’agent des visas de se former une opinion valable aux termes des paragraphes 8(4) ou 11(3) du Règlement.

Dans l’affaire *Yang c. M.E.I.* (précitée), à la page 237 du recueil, le juge en chef adjoint parle d’un processus d’appréciation à deux étapes:

Les demandes de résidence permanente fondées sur les dispositions de la *Loi sur l’immigration* et du Règlement relatives au travail autonome sont soumises à un processus d’appréciation à deux étapes. La première phase de l’appréciation consiste en une sélection administrative dans le cadre de laquelle les agents d’immigration étudient les documents soumis par les immigrants et décident s’il y a lieu de poursuivre le processus de sélection. Si l’immigrant franchit cette étape, il est invité à se présenter à une entrevue avec l’agent des visas.

La lecture de la décision *Yang* ne me dit pas sur quoi le juge en chef adjoint s’est exactement fondé pour conclure qu’une demande de résidence permanente fondée sur les dispositions de la *Loi sur l’immigration* et du Règlement est un «processus d’appréciation à deux étapes». Qu’il existe deux étapes, cela ne fait aucun doute: la présentation de la demande et l’appréciation de cette dernière en vertu du paragraphe 9(2) de la *Loi sur l’immigration* et, comme seconde étape, si l’on peut l’appeler ainsi, l’appréciation de la personnalité du requérant, conformément au facteur 9 de l’annexe I du Règlement; cependant, à mon avis, cela ne veut pas dire que l’agent des visas qui est préposé à l’appréciation peut effectuer convenablement son travail sans faire passer l’entrevue que requiert le facteur 9.

C’est ce qui ressort des propos du juge Stone dans l’affaire *Muliadi c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1986] 2 C.F. 205 (C.A.). Le juge Stone, s’exprimant au nom de la Cour d’appel, a dit ceci [aux pages 215 et 216]:

Pour décider si l’appelant a bénéficié d’un traitement équitable en matière de procédure, il est nécessaire d’examiner le cadre législatif à partir duquel l’agent des visas devait trancher la

Nowhere in that framework is it laid down that there be a full oral hearing before a decision is made. In fact, not even an interview is contemplated except in the limited circumstances set forth in factor 9 under Column I of Sched. I authorized under paragraph 8(1)(c) of the Regulations:

Units of assessment shall be awarded on the basis of an interview with the person to reflect the personal suitability of the person and his dependants to become successfully established in Canada based on the person's adaptability, motivation, initiative, resourcefulness and other similar qualities. [Underlining mine.]

I take this statement by Mr. Justice Stone to clearly indicate that for the limited circumstances set forth in Factor 9 under Column I of Schedule I, there must be accorded an applicant, in the circumstances of this case, an interview.

In addition, in that it is assumed that the applicant has all of the "qualities" mentioned in Factor 9, I believe the applicant should have had an opportunity of meeting the negative assessment of the visa officer before any final decision was taken. This is required for there to be procedural fairness.

Conclusion

I am satisfied that the visa officer does not have any discretion in deciding whether he or she will grant an interview pursuant to Factor 9 under Column I of Schedule I of the *Immigration Regulations, 1978*. The visa officer must follow the procedure as stated in the statute.

For these reasons, the decision of the visa officer Nigel H. Thomson dated June 17, 1991, is hereby quashed and I hereby order the Minister of Employment and Immigration to reconsider, by a visa officer other than Nigel H. Thomson, the applicant's application for an immigrant visa in accordance with the statutory direction. The visa officer is to consider, as part of the documentation filed with the applicant's application, the affidavit of Lam-Chow Chui sworn to on September 25, 1991, and filed as part of the documents to this proceeding.

question. Nulle part dans ces dispositions législatives ne trouve-t-on de règle prescrivant qu'une audition orale pleine et entière doit avoir lieu avant que ne soit rendue une décision. En fait, on ne prévoit même pas la tenue d'une entrevue sauf dans les circonstances limitées prévues au facteur neuf de la colonne I de l'annexe I, qui est édicté en vertu de l'alinéa 8(1)c) du Règlement:

Des points d'appréciation sont attribués au requérant au cours d'une entrevue qui permettra de déterminer si lui et les personnes à sa charge sont en mesure de s'établir avec succès au Canada, d'après la faculté d'adaptation du requérant, sa motivation, son esprit d'initiative, son ingéniosité et autres qualités semblables. [C'est moi qui souligne.]

Selon moi, la citation qui précède indique clairement que, en raison des circonstances limitées qui sont énoncées au facteur 9, à la colonne I de l'annexe I, il faut accorder une entrevue au requérant dans les circonstances de l'espèce.

En outre, en supposant que le requérant possède toutes les «qualités» mentionnées au facteur 9, je crois qu'il aurait fallu donner au requérant l'occasion de réfuter l'appréciation négative de l'agent des visas avant qu'une décision définitive ait été prise. Il s'agit là d'une mesure d'équité en matière de procédure.

Conclusion

Je suis convaincu que l'agent des visas n'est pas habilité à décider s'il accordera ou non une entrevue en vertu du facteur 9, à la colonne I de l'annexe I du *Règlement sur l'immigration de 1978*. L'agent des visas doit se conformer à la marche à suivre indiquée dans la Loi.

Pour ces motifs, j'annule la décision de l'agent des visas Nigel H. Thomson en date du 17 juin 1991 et j'ordonne au ministre de l'Emploi et de l'Immigration de faire réexaminer, par un agent des visas autre que Nigel H. Thomson, la demande de visa d'immigrant du requérant conformément à la directive réglementaire. Cet agent des visas devra prendre en considération, en tant que partie intégrante de la documentation accompagnant la demande du requérant, l'affidavit de Lam-Chow Chui; ce document a été dressé sous serment le 25 septembre 1991 et fait partie de ceux qui ont été déposés dans le cadre de la présente instance.

A-1116-90

Sarah Mohamed (Abshir) Yusuf (*Appellant*)

v.

Minister of Employment and Immigration of Canada (*Respondent*)

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

Court of Appeal, Marceau, Hugessen and MacGuigan J.J.A.—Montréal, October 16; Ottawa, October 24, 1991.

Judicial review — Refugee Division of Immigration and Refugee Board manifesting sexist attitude in cross-examination of claimant — Sexism, condescension toward women unacceptable in quasi-judicial proceeding — Giving rise to reasonable apprehension of bias.

Immigration — Refugee status — Application based on brother's, own dissident activity, religion — Refugee Division denying application on ground applicant's testimony as to subjective fear of persecution not credible — Definition of refugee comprising both subjective fear and objective foundation — Whether status may be refused for want of subjective fear where objective danger of persecution — Decision set aside where reasonable apprehension of bias resulting from panel members' sexist, irrelevant remarks.

This was an appeal from a decision of the Refugee Division of the Immigration and Refugee Board rejecting the appellant's claim to refugee status.

The appellant, a Somali national, testified at the hearing that her brother had participated in an attempted coup d'état against the regime of Siad Barré, at that time president of Somalia. The brother later became president in exile of the Front Démocratique pour le Salut de la Somalie. The appellant had engaged in some dissident activity herself. She also claimed to have been subject to persecution by reason of her religion, Islam. The Division held that, although there was objectively danger of persecution given the existing state of civil rights in Somalia, the claimant's testimony as to her subjective fear of persecution was not credible. Two-thirds of the transcript of the hearing was taken up with the members' questions to the appellant, questions which the Court herein characterizes as "injudicious" in both content and tone. The members addressed the claimant as "my dear lady" and described her as "a tiny little woman".

Held, the appeal should be allowed.

A-1116-90

Sarah Mohamed (Abshir) Yusuf (*appelante*)

c.

Ministre de l'Emploi et de l'Immigration du Canada (*intimé*)

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

Cour d'appel, juges Marceau, Hugessen et MacGuigan, J.C.A.—Montréal, 16 octobre 1991; Ottawa, 24 octobre 1991.

Contrôle judiciaire — La section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a fait preuve de sexisme dans le contre-interrogatoire de la demanderesse — Le sexisme et la condescendance envers les femmes dans les procédures quasi-judiciaires sont inacceptables — Ils font naître une crainte raisonnable de partialité.

Immigration — Statut de réfugié — Revendication de la demanderesse fondée sur les activités dissidentes de son frère et sur les siennes propres ainsi que sur la religion — La section du statut de réfugié rejette la revendication parce qu'elle considère non crédible le témoignage de la demanderesse relatif à sa crainte subjective de persécution — La définition de réfugié comprend la crainte subjective et le fondement objectif de celle-ci — Le statut de réfugié peut-il être refusé pour absence de crainte subjective, lorsqu'il existe un danger objectif de persécution — Il y a lieu de casser une décision lorsque les membres du tribunal font naître une crainte raisonnable de partialité par leurs remarques sexistes et hors de propos.

Il s'agit de l'appel d'une décision de la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié rejetant la revendication présentée par l'appelante.

L'appelante, une ressortissante de la Somalie, a affirmé dans le témoignage qu'elle a rendu à l'audience que son frère avait participé à un coup d'État dirigé contre le régime de Siad Barré, le président en titre à l'époque. Le frère devint plus tard président en exil du Front démocratique pour le Salut de la Somalie. L'appelante a eu elle aussi certaines activités dissidentes. Elle soutient également avoir été persécutée à cause de sa religion; elle est musulmane. La section a conclu que bien qu'il existât un danger objectif de persécution attribuable à la situation des droits de la personne en Somalie, le témoignage de la demanderesse concernant sa crainte subjective de persécution n'était pas crédible. Les questions posées à l'appelante par les membres du tribunal, que la Cour qualifie de peu judicieuses tant dans leur contenu que dans leur ton, prennent les deux tiers de la transcription de l'audience. Les membres se sont adressés à la demanderesse en l'appelant «ma chère dame» et l'ont décrite comme «une femme, et toute petite».

Arrêt: l'appel devrait être accueilli.

The definition of Convention refugee comprises both a subjective and an objective element; that is, a person is not entitled to refugee status because he subjectively fears persecution unless he also demonstrates that fear to be objectively well founded. The reverse, however, is doubtful: a person who is objectively in danger of persecution should not be denied status because, whether out of courage or because of mental incapacity, that person is said not to be subjectively afraid. Here, the Division did not fall into such an error; rather, because it considered the claimant not to be a credible witness, it did not accept her testimony as to the danger of persecution for her personally should she return to her home country.

While there can be no doubt that the members of the Division have the right to cross-examine witnesses, the panel made harassing remarks and asked unfair questions, thus going beyond what would be permitted even of opposing counsel in an adversarial proceeding. While that, by itself, might not suffice to support a finding of bias on the part of the Division, some of the remarks made by panel members were sexist, unwarranted, and irrelevant. These were such as to create an impression of bias on the part of their originator. Sexist attitudes, and condescension toward women in general, are unacceptable in judicial proceedings in Canada today. Such attitudes on the part of a decision-maker give rise to a reasonable apprehension of bias.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

REFERRED TO:

Mahendran v. Canada (Minister of Employment and Immigration), A-628-90, F.C.A., Heald J.A., judgment dated 21/6/91, not yet reported.

COUNSEL:

Daniel Payette for appellant.
Normand Lemyre for respondent.

SOLICITORS:

Payette, Bélanger, Fiore, Montréal, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada, for respondent.

The following is the English version of the reasons for judgment rendered by

HUGESSEN J.A.: This is an appeal from a decision by the Refugee Division of the Immigration and Refugee Board, which dismissed the appellant's claim.

La définition de réfugié au sens de la Convention comporte un élément subjectif et un élément objectif. C'est-à-dire qu'on n'accorde pas le statut de réfugié au sens de la Convention à une personne qui éprouve une crainte subjective de persécution à moins qu'elle ne démontre également l'existence d'un fondement objectif à cette crainte. L'inverse, toutefois, est discutable: une personne objectivement en danger d'être persécutée ne devrait pas se voir refuser le statut de réfugié parce qu'en raison de son courage ou d'un handicap mental, il appert qu'elle n'éprouve pas de crainte subjective. En l'espèce, la section n'a pas commis cette erreur. Mais, parce qu'elle a conclu que la demanderesse n'était pas un témoin crédible, elle n'a pas cru que celle-ci courrait personnellement un danger de persécution si elle retournait dans son pays.

Il ne fait pas de doute que les membres de la section ont le droit de contre-interroger les témoins. Cependant, le tribunal a fait des remarques harcelantes et posé des questions injustes, qui seraient même interdites à un avocat effectuant un contre-interrogatoire dans une procédure accusatoire. Bien qu'il se puisse, qu'en soi, cela ne suffise pas pour conclure à la partialité du tribunal, il n'en reste pas moins que celui-ci a fait des remarques sexistes, déplacées et hors de propos, qui étaient de nature à créer une apparence de partialité chez leur auteur. Les attitudes sexistes et la condescendance envers les femmes en général sont inacceptables aujourd'hui, au Canada, dans des procédures judiciaires. De telles attitudes, de la part de personnes qui doivent rendre des décisions, font naître une crainte raisonnable de partialité.

JURISPRUDENCE

DÉCISION CITÉE:

Mahendran c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), A-628-90, C.A.F., juge Heald, J.C.A., jugement en date du 21-6-91, encore inédit.

AVOCATS:

Daniel Payette pour l'appelante.
Normand Lemyre pour l'intimé.

PROCUREURS:

Payette, Bélanger, Fiore, Montréal, pour l'appelante.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

Voici les motifs du jugement rendu en français par

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: Il s'agit d'un appel d'une décision rendue par la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié qui a rejeté la revendication de l'appelante.

The appellant is a Somali national who is now thirty years old. She says she fled her native country because she feared being persecuted by the regime of Siad Barré then in power. Her elder brother had been an active participant in a failed coup d'état against the regime, and after fleeing the country became a militant in and then president of the Front Démocratique pour le Salut de la Somalie (FDSS). The appellant's fear of persecution derives not only from her connection with her brother but also from her own political opinions and the fact she is a Muslim.

In the disputed decision the Refugee Division, after summarizing the evidence in outline, said the following:

[TRANSLATION] After analysing all the evidence, both documentary and testimonial, we conclude that the plaintiff is not a Convention refugee for the following reasons.

Even if there is objectively no doubt as to the existence of her fear regarding the human rights situation in Somalia, we feel that the plaintiff's evidence as a whole intended to establish the subjective nature of her fear is not credible, primarily for four reasons: her manner of testifying, half-truths, contradictions without satisfactory explanations and major improbabilities. [Appeal Book, at pages 80-81.]

The Refugee Division then gave examples of passages in the appellant's testimony which, in its opinion, lessened her credibility and concluded:

[TRANSLATION] For all these reasons, we find it difficult to attach any credence to the plaintiff's testimony. The Refugee Division accordingly finds that the plaintiff is not a Convention refugee as defined in s. 2(1) of the Immigration Act. [Appeal Book, at page 84.]

To begin with, the appellant is objecting to this decision on a ground of pure law: as the Refugee Division concluded that "there is objectively no doubt as to the existence of her fear", it simply could not find that the appellant did not have a subjective fear. For my part, I admit that I would find some merit in this challenge if the Division had actually concluded that the subjective fear did not exist while the objective fear was established beyond any doubt. It is true, of course, that the definition of a Convention refugee has always been interpreted as including a subjective and an objective aspect. The value of this dichotomy lies in the fact that a person may often

L'appelante est ressortissante somalienne âgée aujourd'hui de trente ans. Elle dit avoir fui son pays natal parce qu'elle craignait d'être persécutée par le régime de Siad Barré alors en place. Son frère aîné avait été participant actif dans un coup d'état manqué contre le régime et après avoir fui le pays est devenu militant et ensuite président du Front Démocratique pour le Salut de la Somalie (FDSS). La crainte de persécution de l'appelante provient non seulement de ses liens avec son frère mais aussi de ses propres opinions politiques et de son adhérence à la religion musulmane.

Dans la décision attaquée la section du statut, après avoir résumé la preuve dans ses grandes lignes, s'est exprimée comme suit:

Après avoir analysé toute la preuve, tant documentaire que testimoniale, nous concluons que la demanderesse n'est pas une réfugiée au sens de la Convention pour les raisons suivantes:

Même si l'élément objectif de sa crainte ne fait aucun doute en ce qui concerne la situation des droits de la personne en Somalie, nous croyons que l'ensemble du témoignage de la demanderesse visant à établir l'aspect subjectif de sa crainte n'est pas crédible, et ce à cause de quatre considérations principales: sa façon de témoigner, des demi-vérités, les contradictions sans explications satisfaisantes et les invraisemblances majeures. [Dossier d'appel, aux pages 80 et 81.]

Ensuite la section du statut donne des exemples des passages dans le témoignage de l'appelante qui, à son avis, ont amoindri sa crédibilité pour en conclure:

Pour toutes ces raisons, il nous est difficile d'accorder foi au témoignage de la demanderesse. En conséquence, la section du statut déclare que la demanderesse n'est pas une réfugiée au sens de la Convention tel que défini à l'article 2(1) de la Loi sur l'immigration. [Dossier d'appel, page 84.]

Dans un premier temps l'appelante s'en prend à cette décision pour un motif de droit pur: la section ayant conclu que, «l'élément objectif de sa crainte ne fait aucun doute», ne pouvait tout simplement pas trouver que l'appelante n'avait pas une crainte subjective. Pour ma part, j'avoue que je trouverais du mérite dans cette attaque si réellement la section avait conclu à la non-existence d'une crainte subjective alors que la crainte objective avait été établie au-delà de tout doute. Il est vrai, évidemment, que la définition de réfugié au sens de la Convention a toujours été interprétée comme comportant un élément subjectif et un élément objectif. L'utilité de cette dichoto-

subjectively fear persecution while that fear is not supported by fact, that is, it is objectively groundless. However, the reverse is much more doubtful. I find it hard to see in what circumstances it could be said that a person who, we must not forget, is by definition claiming refugee status could be right in fearing persecution and still be rejected because it is said that fear does not actually exist in his conscience. The definition of a refugee is certainly not designed to exclude brave or simply stupid persons in favour of those who are more timid or more intelligent. Moreover, I am loath to believe that a refugee status claim could be dismissed solely on the ground that as the claimant is a young child or a person suffering from a mental disability, he or she was incapable of experiencing fear the reasons for which clearly exist in objective terms.

In any case, did the Refugee Division really conclude that an objective fear exists? In the circumstances of the case at bar I believe it did not and I feel that, appearances to the contrary, the Division did not make the error it is alleged to have made. It will be recalled that in the passage cited above, the Division clearly said it was persuaded of the objective aspect but at once added an important qualification: "regarding the human rights situation in Somalia". In light of its subsequent observations, and especially the examples it gave in support of its conclusion that the appellant was not credible, I consider that the Division meant that the appellant's fear was not valid even though serious human rights abuses were being committed in Somalia. In other words, the Division did not believe that the appellant had any reason to fear persecution if she returned to her country. From the evidence, this conclusion was based on the fact that the Division considered that the appellant was not a believable witness.

The importance of the Division's conclusion regarding the appellant's credibility in the subject decision is thus apparent. The appellant tried to challenge this conclusion directly but with very little suc-

mie provient du fait qu'il arrive souvent qu'une personne puisse craindre subjectivement d'être persécutée alors que cette crainte n'est pas bien fondée dans les faits, c'est-à-dire, qu'elle est objectivement sans raison. L'inverse, toutefois, est beaucoup plus discutable. En effet je conçois difficilement dans quelles circonstances on pourrait affirmer qu'une personne qui, par définition, n'oublions pas, revendique le statut de réfugié, puisse avoir raison de craindre d'être persécutée et se voir quand même refusée parce que l'on prétend que cette crainte n'existe réellement pas dans son for intérieur. La définition de réfugié n'est certainement pas conçue pour exclure les personnes courageuses ou simplement stupides au profit de celles qui sont plus timides ou plus intelligentes. D'ailleurs, il répugne de penser que l'on pourrait rejeter une demande de statut de réfugié au seul motif que le revendicateur, étant un enfant de bas âge ou une personne souffrant d'une débilité mentale, était incapable de ressentir la crainte dont les éléments objectifs sont manifestement bien fondés.

Quoi qu'il en soit, la section du statut a-t-elle réellement conclu à l'existence d'une crainte objective? Dans les circonstances de l'espèce, je suis d'avis que non et que, malgré les apparences, la section n'a pas commis l'erreur qu'on lui reproche. L'on se rappellera que, dans le passage cité ci-dessus, la section s'est bien déclarée convaincue de l'élément objectif mais a tout de suite ajouté un qualificatif important: «en ce qui concerne la situation des droits de la personne en Somalie». À la lumière de ses commentaires subséquents, et surtout des exemples qu'elle a données à l'appui de sa conclusion que l'appelante n'était pas crédible, je suis d'avis que la section voulait dire que la crainte de l'appelante n'était pas bien fondée même si des abus sérieux des droits de la personne se commettaient en Somalie. En d'autres termes, la section ne croyait pas que l'appelante avait raison de craindre d'être persécutée si elle retournait dans son pays. De l'évidence, cette conclusion était basée sur le fait que la section était d'avis que l'appelante n'était pas un témoin digne de foi.

L'on voit donc l'importance qu'a joué la conclusion de la section quant à la crédibilité de l'appelante dans la décision rendue. L'appelante a essayé d'attaquer cette conclusion directement mais avec très peu

cess: if the Division erred in refusing to believe the appellant, this is not an error on the basis of which this Court can intervene.

However, the appellant made a third challenge to the decision. It concerns the actual behaviour of members of the Division at the hearing. It is in two parts. To begin with, the appellant maintained that members of the Division engaged in a cross-examination that went beyond the permissible limits and that denied the appellant the fair and equitable hearing to which she is entitled. Second, she maintained that one of the members of the Division made comments about her that created an impression of bias. In my opinion, this two-fold challenge is valid.

There is no doubt that the members of the Refugee Division have the right to cross-examine the witnesses they hear.¹

It appeared that the members in the instant case were fully aware of their right [Appendix, at page 54]:

[TRANSLATION] BY THE MEMBER (to presiding member)

— Mr. Chairman, if I might say something, as you know cross-examination is allowed in this tribunal. This is in fact the only way or resource we have to decide on the credibility of certain individuals and goodness knows we hear all kinds of tales.

However, there are limits. The transcript of the hearing before the Division is seventy-seven pages long, including the frontispiece. The first eleven pages are taken up with preliminary matters and the filing of various exhibits. Then, from page 12 to page 22, the appellant answers the questions of her counsel. There are several interruptions by members of the Division, but they are all for the purpose of clarifying the answers given. From page 23 to the end, however, nearly all the questions are asked by members of the Division. It was quite clearly a cross-examination in which the two members took turns. The tone and content of the questions are hardly judicious. The following are some examples, not necessarily the worst [Appendix, at pages 26-27]:

¹ *Mahendran v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, A-628-90, F.C.A., Heald J.A., judgment dated 21/6/91, not yet reported.

de succès: si la section a erré en refusant de croire l'appelante, il ne s'agirait pas là d'une erreur de nature à permettre l'intervention de cette Cour.

Il y a, toutefois, une troisième attaque faite par l'appelante contre la décision. Elle vise le comportement même des membres de la section lors de l'audience. Elle est à deux volets. Dans un premier temps, l'appelante prétend que les membres de la section se sont livrés à un contre-interrogatoire qui dépasse les limites de ce qui est permis et qui a nié à l'appelante l'audition juste et équitable à laquelle elle a droit. Dans un second temps, elle prétend qu'un des membres de la section s'est permis, à son égard, des commentaires de nature à donner lieu à une apparence de partialité. À mon avis, cette attaque double est bien fondée.

Il ne fait aucun doute que les membres de la section du statut ont le droit de contre-interroger les témoins qu'ils entendent¹.

Il paraît que les membres dans le présent dossier étaient très au courant de leur droit [Appendice à la page 54]:

PAR LE MEMBRE (au membre audicienier)

— Monsieur le Président, s'il m'est permis d'intervenir, vous savez que le contre-interrogatoire est permis devant notre tribunal. C'est là d'ailleurs notre seul moyen, ressource, pour juger de la crédibilité de certains individus et Dieu sait qu'on nous en conte toutes sortes d'histoires.

Il y a, toutefois, des limites. La transcription de l'audience devant la section comprend soixante-dix-sept pages incluant la page frontispice. Pendant les premières onze pages on s'est occupé des questions préliminaires et de la production des divers pièces. Ensuite, des pages douze à vingt-deux, l'appelante a répondu aux questions de son avocat. Il y a plusieurs interruptions par les membres de la section mais elles sont toutes de nature à faire apporter des précisions aux réponses données. À partir de la page vingt-trois, toutefois, et jusqu'à la fin, ce sont presque exclusivement les membres de la section qui posent toutes les questions. Il s'agit carrément d'un contre-interrogatoire où les deux membres prennent la relève à tour de rôle. Le ton et le contenu des questions sont peu

¹ *Mahendran c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, A-628-90, C.A.F., juge Heald, J.C.A., jugement en date du 21/6/91, encore inédit.

[TRANSLATION] Q. When you left prison, you went home . . . where was that? Was it with your parents or your husband?

A. When I said that I went home, it was to my father and mother's home.

Q. When did your father die?

A. In 1977.

Q. Then how could you have gone to your father's home when he had died in 1989? When you came out of prison . . .

A. But my mother was still there, that did not prevent it being still my father's home.

— An odd play on words.

A. I'm sorry.

[My emphasis.]

The fact of describing the house occupied by her late father and still occupied by his widow as "my father's home" is neither odd nor a play on words.

[Appendix at page 27.]

[TRANSLATION] Q. You have six brothers?

A. Yes.

Q. Couldn't you have gone to live near your little brothers in the U.S.?

A. I chose to come to Canada.

[My emphasis.]

It should be noted that at no time was it established that any of the appellant's brothers was younger than her. The adjective "little" was thus purely gratuitous.

[Appendix, at page 34.]

[TRANSLATION]—We asked you how you were treated. We did not ask about anybody else, we are talking about you, your claim is being considered. No one else, madam. You have seventeen years' schooling. You understand our questions. Please tell us at once if you do not understand.

[Appendix, at page 35.]

Q. What clothing did they tear off your back?

A. This type of boubou (phonetic rendering) which I am wearing at the moment.

Q. Of boubou? The long dress?

A. Yes, that's right.

judicieux. En voici quelques exemples et pas nécessairement les pires [Appendice, aux pages 26 et 27]:

Q. Lorsque vous êtes sortie de prison, vous êtes retournée chez vous . . . c'était où? C'était chez vos parents ou avec votre mari?

R. Lorsque j'ai dit que je suis allée chez moi, c'est chez mon père et ma mère.

Q. Quand est décédé votre père?

R. En 1977.

Q. Alors, comment allez-vous chez votre père lorsqu'il décédait en 1989? Lorsque vous sortiez de prison . . .

R. Mais il y a ma mère qui restait, mais n'empêche que c'était toujours chez mon père.

— Drôle de jeu de mots.

R. Je m'excuse.

[Je souligne.]

Le fait de décrire la maison qu'habitait feu son père et qu'habite encore sa veuve comme «chez mon père» n'est ni drôle, ni un jeu de mot.

[Appendice, à la page 27.]

Q. Vous avez six frères?

R. Oui.

Q. Vous n'auriez pas pu aller vous établir près de vos petits frères, aux États-Unis?

R. C'est moi qui ai choisi le Canada.

[Je souligne.]

Il faut noter qu'en aucun moment n'était-il établi qu'aucun des frères de l'appelante était plus jeune qu'elle. Le qualificatif «petit» était donc purement gratuit.

[Appendice, à la page 34.]

— On vous a demandé vous, comment c'est que vous avez été traitée. On vous a pas demandé les autres, on parle de vous, c'est votre réclamation aujourd'hui. Pas les autres madame. Dix-sept ans de scolarité. Vous comprenez nos questions. Dépêchez-vous de nous le dire si vous comprenez pas.

[Appendice, à la page 35.]

Q. Quels vêtements vous a-t-on déchiré sur le dos?

R. Ce genre de boubou (phonétique) que je porte aujourd'hui.

Q. De boubou? C'est la longue robe?

R. Oui, c'est ça.

Q. Wasn't it actually your veil?—because they objected to your wearing a veil. I would have thought it would have been the veil they would have torn first.

A. They cut with scissors, even our veils.

— Just a moment ago I asked what clothing and you said it was your boubou. Then you went on to say . . . because I am giving you ideas . . .

A. It was all the clothing I was wearing.

Q. Now you are saying all the clothing? Does this mean you were stripped naked?

A. They cut the sleeves of my dress with scissors.

Q. But not the veil?

A. Yes, even the veil.

[My emphasis.]

[Appendix, at page 51.]

[TRANSLATION] BY THE MEMBER (to the claimant)

— I am going to put to you a question which you have not yet answered on several occasions. I asked you if you had obtained Kenyan citizenship and you did not answer.

A. No.

BY THE PRESIDING MEMBER (to the claimant)

Q. Do you also have Saudi Arabian citizenship?

A. No.

Q. So, how . . . explain to me how the Saudi Arabian government was giving you a grant for a six-year period of study? That is quite costly. The governments . . . I can't quite understand how these governments were so generous to you . . .

BY THE MEMBER (to the claimant)

Q. What did you do that was so special for them?

A. Well, I just went to the Molhaq Institute to file my diplomas and an application. So, three months later, I was accepted by the Saudi government and that is also how I was able to obtain my visa.

[My emphasis.]

Despite what the member said in the first question, this was the first time that the possibility that the appellant had obtained Kenyan citizenship was mentioned. Further, the documentary evidence confirmed that the Saudi Arabian government offers grants to students in certain African countries (see Appeal Book, at page 73).

Q. C'est pas plutôt votre voile? Parce qu'on vous reprochait d'avoir un voile. J'aurais cru que ça aurait été le voile qu'on aurait déchiré le premier.

R. Ils coupaient avec des ciseaux, même nos voiles.

— Tout à l'heure, j'ai demandé quels vêtements et vous avez dit que c'était votre boubou. Alors vous ajoutez . . . parce que je vous donne des idées . . .

R. Ce sont tous les vêtements que je portais.

Q. Là vous dites maintenant tous les vêtements? Est-ce à dire que vous êtes devenue toute nue?

R. Ils coupaient avec les ciseaux les manches de ma robe.

Q. Mais pas le voile?

R. Oui, même le voile.

[Je souligne.]

[Appendice, à la page 51.]

PAR LE MEMBRE (à la personne en cause)

— Je vais vous poser une question à laquelle vous n'avez pas encore répondu à quelques reprises d'ailleurs. Je vous ai demandé si vous aviez obtenu la citoyenneté kényenne et vous n'avez pas répondu.

R. Non.

PAR LE MEMBRE AUDIENCIER (à la personne en cause)

Q. Est-ce que vous avez la citoyenneté de l'Arabie Saoudite aussi?

R. Non.

Q. Alors, comment . . . expliquez-moi comment le gouvernement de l'Arabie Saoudite vous donnait une bourse pour une période de six ans d'études? C'est quand-même dispendieux. Les gouvernements . . . je m'explique mal la générosité de ces gouvernements-là à votre égard . . .

PAR LE MEMBRE (à la personne en cause)

Q. Qu'aviez-vous fait de si beau et de si bon pour eux?

R. Moi, je suis simplement allée voir cet institut Molhaq pour déposer mes diplômes et une demande. Donc, trois mois après, je suis acceptée par le gouvernement saoudien et c'est comme ça que j'ai pu obtenir mon visa aussi.

[Je souligne.]

Malgré ce qu'en déclare le membre dans la première question il s'agissait là de la première fois qu'on avait mentionné la possibilité que l'appelante avait obtenu la citoyenneté kényenne. La preuve documentaire confirme d'ailleurs que le gouvernement de l'Arabie Saoudite offre des bourses aux étudiants de certains pays africains (Voir Dossier d'appel, à la page 73).

[Appendix, at page 56.]

[TRANSLATION] BY THE MEMBER (to the claimant)

- Q. You want us to believe that students in Saudi Arabia must leave their country during the holidays. Are you really telling us that? Foreign students must leave during the holidays? Are you really telling us that? ^a
- A. When you say all students, it's mostly the girls, female students, who are in Saudi Arabia who cannot remain during the Saudi Arabian holidays. ^b
- Q. So now you are telling us that it is girls who cannot remain? Is that what you are also saying?
- Q. Yes, it is for the whole year, it is a boarding school, and there are people who look after our health, there are people who handle supplies, but when the school year is over we are taken directly to the airport and sent home. If, for example . . . you have a sponsor who is in Saudi Arabia, you can stay. I didn't have one. ^c
- Q. Why do they do that? Are they afraid you will go astray during the holidays? What happens? ^d
- A. It's . . .
— It's a very long story.
- A. It is a Saudi institution, I don't know.
[My emphasis.] ^e

Quite apart from the ungracious comments of the member, there is nothing surprising in the witness' statement as such that Saudi Arabia, a Muslim country, requires female foreign students to leave the country during the school holidays.

So far the examples given indicate a rather injudicious approach by members of the Division. They ventured to make harassing comments to the witness and put unfair questions to her. Even cross-examining counsel in an adversary proceeding would be barred from going on in this way. It may be that their actions would not by themselves suffice to indicate an appearance of bias in the members of the Division, but they colour another aspect of the case which I must now consider. ^f

It will be recalled that the appellant is a woman and was testifying alone in support of her claim to refugee status. The importance of the assessment by ^g

[Appendice, à la page 56.]

PAR LE MEMBRE (à la personne en cause)

- Q. Vous voulez nous faire croire qu'en Arabie Saoudite, des étudiants doivent sortir de leur pays pendant les vacances. Vous nous dites vraiment cela? Les étudiants étrangers doivent sortir durant les vacances? Vous nous dites vraiment cela?
- R. Lorsque vous dites tous les étudiants, ce sont surtout les filles, les femmes étudiantes qui se trouvent en Arabie Saoudite qui ne peuvent pas rester pendant les vacances en Arabie Saoudite.
- Q. Alors là, maintenant, vous nous dites que ce sont des filles qui ne peuvent pas rester? C'est bien ce que vous dites aussi?
- R. Oui, c'est pendant toute l'année, c'est sous forme d'un internat et il y a des gens qui s'occupent de notre santé, il y a des gens qui font les provisions, mais lorsqu'on finit l'année scolaire, on nous emmène directement à l'aéroport pour nous envoyer chez nous. Si par exemple . . . vous avez un responsable qui se trouve en Arabie Saoudite, vous pouvez rester. Alors que c'était pas mon cas. ^h
- Q. Pourquoi qu'ils font cela? Ils ont peur que vous vous débauchiez pendant les vacances? Qu'est-ce qui se passe?
- R. C'est . . .
— C'est une longue histoire tout ça.
- R. C'est l'institution saoudienne, je ne sais pas.
[Je souligne.] ⁱ

Abstraction faite des commentaires désobligeants de la part du membre, il n'y a rien en soi surprenant dans l'affirmation du témoin que l'Arabie Saoudite, pays musulman, exige que les étudiantes étrangères quittent le pays pendant les vacances scolaires. ^j

Jusqu'ici les exemples données font preuve d'un état d'esprit peu judicieux chez les membres de la section. Ils se sont permis des remarques harcelantes auprès du témoin et ont posé des questions injustes. Même un avocat en contre-interrogatoire lors d'une procédure accusatoire serait interdit de continuer dans cette veine. Cependant, il se peut que leur comportement ne suffit pas, à lui seul, pour conclure à une apparence de partialité chez les membres de la section. Toutefois, il colore un autre aspect de ce dossier que je vais maintenant aborder.

On se rappellera que l'appelante est une femme et qu'elle était seule à témoigner pour appuyer sa revendication du statut de réfugié. On se souviendra égale-

the Division members of the appellant's credibility in the final decision will also be recalled.

Near the start of his cross-examination of the appellant one of the members had the following exchange with her [Appendix, at pages 33-34]:

[TRANSLATION] Q. Did they beat you at the first interrogation or at the end?

A. They never touched [me]. They insulted me . . .

— You said a moment ago they slapped you. They touched you, my dear lady.

[My emphasis.]

This is an outmoded form of address, clearly sexist and completely unacceptable in the Canada of the present day.

A little further on there is the following exchange [Appendix, at page 40]:

[TRANSLATION] Q. It did not occur to you to go home where you would be safe?

A. You could hear gunshots everywhere, in all parts of the town.

— All the more reason for you to take shelter somewhere and not to go out with demonstrators.

A. Everybody was there. So I wanted to be with these people who were there to defend their rights.

— But you were a tiny little woman. You could not make much of a defence.

[My emphasis.]

According to her passport filed at the hearing, the appellant is 1.70 metres high and is of normal stature: so why describe her as a "tiny little" woman if not to insult and denigrate her?

Finally, right at the end of the hearing, the same member once again spoke to the appellant as follows [Appendix, at page 74]:

— As to that, it was translated for you . . . the interpreter here is very competent, he translated that same thing to you. He translated this morning. You were given a good twenty minutes if not more. You would have an opportunity again to say so, my dear lady.

[My emphasis.]

In my opinion, these sexist, unwarranted and highly irrelevant observations by a member of the

ment de l'importance qu'a joué l'appréciation faite par les membres de la section de la crédibilité de l'appelante dans la décision finale.

Vers le début de son contre-interrogatoire de l'appelante un des membres a eu l'échange suivante avec elle [Appendice, aux pages 33 à 34]:

Q. Est-ce qu'ils vous ont battue dès les premiers interrogatoires ou vers la fin?

R. Ils n'ont jamais touchée. Ils m'insultaient . . .

— Vous avez dit tout à l'heure qu'ils vous avaient gifflée (sic). Ils vous ont touchée, ma chère dame.

[Je souligne.]

Il s'agit là d'une forme d'adresse dépassée, carrément sexiste et tout à fait inacceptable dans le Canada d'aujourd'hui.

Un peu plus loin on trouve l'échange suivante [Appendice, à la page 40]:

Q. Vous n'avez pas eu l'idée d'entrer chez vous, en toute sécurité?

R. On entendait des tirs de balles partout, dans les quatre coins de la ville.

— Raison de plus de vous réfugier à l'abri, à quelque part et ne pas courir avec des manifestants.

R. Il y avait tout le monde qui était là. Donc, je voulais être membre de ces gens qui sont présents pour défendre leurs droits.

— Mais, vous étiez une femme, et toute petite. Vous pouviez pas faire une grande défense.

[Je souligne.]

Selon son passeport déposé à l'audience, l'appelante a une taille de 1,70 mètres et est d'une stature normale. Pourquoi donc la qualifier de «toute petite» si ce n'est pour l'insulter et la dénigrer?

Finalement, vers la toute fin de l'audience, le même membre s'adresse encore une fois à l'appelante dans les termes suivants [Appendice, à la page 74]:

— Quant à ça, on vous l'a traduit . . . monsieur l'interprète est ici très compétent, vous a traduit la même chose. Il a traduit cet après-midi. On vous a donné un gros vingt minutes si c'est pas plus. Vous auriez la chance, encore là, de le dire ma chère dame.

[Je souligne.]

À mon avis, ces remarques sexistes, déplacées et fort mal à propos de la part d'un membre de la sec-

Refugee Division are capable of giving the impression that their originator was biased. The day is past when women who dared to penetrate the male sanctum of the courts of justice were all too often met with condescension, a tone of inherent superiority and insulting "compliments". A judge who indulges in that now loses his cloak of impartiality. The decision cannot stand.

I would allow the appeal, set aside the subject decision and refer the matter back for a re-hearing before another quorum of the Refugee Division.

MARCEAU J.A.: I concur

MACGUIGAN J.A.: I concur.

tion du statut sont de nature à créer une apparence de partialité chez leur auteur. Le jour est passé où on tolérait la condescendance, le ton de supériorité inhérente et les «compliments» insultants qu'on offrait trop souvent aux femmes qui osaient pénétrer dans le sanctuaire mâle des tribunaux de justice. Le juge qui se le permet aujourd'hui perd son manteau d'impartialité. La décision ne peut pas tenir.

J'accueillerais l'appel, je casserais la décision attaquée et je renverrais l'affaire pour une nouvelle audition devant un autre quorum de la section du statut.

LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: Je suis d'accord.

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

T-2866-90

T-2866-90

Pamela Dawkins (Applicant)**Pamela Dawkins (requérante)**

v.

c.

The Minister of Employment and Immigration (Respondent)**a Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration (intimé)****INDEXED AS: DAWKINS v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T.D.)****b RÉPERTOIRE: DAWKINS c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)**

Trial Division, Cullen J.—Toronto, April 5; Ottawa, June 4, 1991.

Section de première instance, juge Cullen—Toronto, 5 avril; Ottawa, 4 juin 1991.

Immigration — Practice — Permanent residence applicant having been refused under illegal de facto residents policy — Claiming refugee status — Considered under refugee claimants backlog program — Whether immigration officer properly reconsidered eligibility for illegal de facto residents program — “Humanitarian and compassionate” grounds objective matters to be interpreted by immigration officer — “Public policy” based on Minister’s recommendations to Governor in Council — Officer not unduly fettering discretion in applying post-Yhap guidelines — Policy valid — Officer’s reviewing file before hearing not contrary to natural justice — Requirement of hearing satisfied where submissions received and considered.

c Immigration — Pratique — Refus d'accorder la résidence permanente à la requérante dans le cadre de la politique concernant les résidents de fait en situation administrative irrégulière — La requérante a revendiqué le statut de réfugiée — Son cas a été examiné dans le cadre du programme d'arrière des revendications du statut de réfugié — Question de savoir si l'agent d'immigration a correctement réexaminé le cas pour déterminer si la requérante était admissible dans le cadre du programme des résidents de fait en situation administrative irrégulière — Les raisons «d'ordre humanitaire» sont des questions objectives devant être interprétées par l'agent d'immigration — L'«intérêt public» est fondé sur les recommandations du ministre au gouverneur en conseil — L'agente n'a pas indûment entravé son pouvoir discrétionnaire en appliquant les lignes directrices postérieures à l'arrêt Yhap — Politique valide — Le fait que l'agente a examiné le dossier avant l'audition ne va pas à l'encontre de la justice naturelle — L'exigence relative à la tenue d'une audience est satisfaite lorsque des observations sont faites et examinées.

This was an application for *certiorari* to quash the finding by an immigration officer that there were insufficient grounds to recommend invoking, under subsection 114(2) of the *Immigration Act*, the humanitarian and compassionate exception to the requirement under subsection 9(1) that an application for permanent residence be made from abroad, not from within Canada.

d e Il s'agissait d'une demande de *certiorari* en vue de l'annulation de la conclusion tirée par l'agente d'immigration, à savoir qu'il n'existait pas suffisamment de raisons d'ordre humanitaire pour recommander, conformément au paragraphe 114(2) de la *Loi sur l'immigration*, l'octroi d'une dispense de l'obligation de présenter la demande de résidence permanente à l'étranger, et non à l'intérieur du Canada, prévue par le paragraphe 9(1).

The applicant entered Canada on a visitor's visa in 1981. On June 22, 1987, not having previously come to the attention of the immigration authorities, she reported herself to the Canada Immigration Centre at Toronto. A report was made to the Deputy Minister, pursuant to paragraphs 27(2)(b) and (e), that the applicant had overstayed her visitor visa and had worked contrary to the Act. On August 12, 1987, the applicant was interviewed and the interviewing officer decided *inter alia*, not to recommend her exemption under the illegal *de facto* residents policy. Dawkins subsequently applied for refugee status. Pursuant to the Refugee Claimants Backlog Procedures, she was interviewed by an immigration officer, who determined that there were insufficient humanitarian or compassionate grounds or reasons of public policy to allow her to apply for permanent residency from within Canada.

f En 1981, la requérante est entrée au Canada à l'aide d'un visa de visiteur. Le 22 juin 1987, son cas n'ayant pas encore retenu l'attention des autorités de l'immigration, la requérante s'est présentée au Centre d'immigration du Canada, à Toronto. Un rapport a été présenté au sous-ministre, conformément aux alinéas 27(2)(b) et e), pour le motif que la requérante était demeurée au Canada après l'expiration de son visa de visiteur et qu'elle avait travaillé en violation de la Loi. Le 12 août 1987, la requérante a obtenu une entrevue et l'agent a décidé, entre autres, de ne pas recommander l'octroi d'une dispense dans le cadre de la politique concernant les résidents de fait en situation administrative irrégulière. Dawkins a par la suite demandé le statut de réfugiée. Conformément à la procédure d'arrière des revendications du statut de réfugié, la requérante a été convoquée à une entrevue devant l'agent d'immigration,

Then, in *Yhap v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, the Court held the guidelines used by immigration officers in determining the existence of humanitarian and compassionate grounds to be invalid as an undue fetter on the officers' discretion. The applicant—like others in her position—was interviewed anew as to the existence of humanitarian or compassionate grounds, and again rejected. In preparing for the interview, the officer reviewed her file and decided not to consider her further under the illegal resident policy at the interview. The immigration officer took the position that, while there were situations in which a member of the refugee backlog could also qualify as an illegal *de facto* resident, such a person would not normally so qualify, having in mind the general criterion that such residents not have come previously to the attention of immigration authorities. The officer concluded that there were no grounds, under either the refugee claimants backlog program or the illegal *de facto* residents program, to recommend exempting the applicant from the requirements of subsection 9(1).

Held, the application should be dismissed.

It is legitimate for the Minister to indicate through guidelines what she will recommend to the Governor in Council. General standards are valuable and necessary for the effective and consistent exercise of discretion, provided they do not crystallize into binding and conclusive rules. In the *Vidal* case, Strayer J. held that the post-*Yhap* guidelines do not improperly fetter the discretion of immigration officers. His Lordship explained the fundamental difference between the humanitarian ground and the public policy ground, both of which are referred to in subsection 114(2). The rationale of *Yhap* was based on the proposition that the words "humanitarian and compassionate" have some objective meaning which each immigration officer is entitled to interpret. But the term "public policy" is devoid of objective content. It is not open to an immigration officer to define "public policy". That is a matter for the Governor in Council acting upon the recommendations of the Minister. Here the officer did not mechanically refuse to consider the applicant, but considered that the applicant did not meet the requirements of the public policy exemption.

The requirements of procedural fairness may be satisfied by either an oral hearing or written submissions if the decision-maker does in substance "hear" the applicant. In this case, while the immigration officer did consult the file prior to the hearing, she accepted and considered written submissions from the applicant's counsel.

qui a conclu qu'il n'existait pas suffisamment de raisons d'ordre humanitaire ou d'intérêt public pour lui permettre de demander la résidence permanente depuis le Canada.

Par la suite, dans l'arrêt *Yhap c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, la Cour a jugé que les lignes directrices que les agents d'immigration utilisent en vue de déterminer l'existence de raisons d'ordre humanitaire constituent une entrave invalide à leur pouvoir discrétionnaire. On a de nouveau convoqué la requérante, comme d'autres personnes dans la même situation, à une entrevue pour déterminer s'il existait des raisons d'ordre humanitaire; la demande a de nouveau été rejetée. Avant l'entrevue, l'agente a examiné le dossier de la requérante et a décidé de ne pas examiner son cas en vertu de la Politique concernant les résidents en situation administrative irrégulière. L'agent d'immigration a déclaré qu'il y avait des cas dans lesquels une personne dont le cas faisait partie de l'arriéré pouvait également être admissible à titre de résidente de fait en situation administrative irrégulière, mais que celle-ci ne serait pas normalement admissible, étant donné que son cas aurait déjà retenu l'attention des autorités de l'immigration. L'agente a conclu que rien ne permettait, dans le cadre du programme d'arriéré des revendications du statut de réfugié ou du programme des résidents de fait en situation administrative irrégulière, de recommander de dispenser la requérante des exigences du paragraphe 9(1).

Jugement: la demande devrait être rejetée.

Le ministre peut légitimement indiquer, au moyen de lignes directrices, les recommandations qu'il fera au gouverneur en conseil. Les normes générales sont utiles et nécessaires en vue de l'exercice efficace et uniforme du pouvoir discrétionnaire, à condition de ne pas devenir des règles obligatoires et décisives. Dans l'arrêt *Vidal*, le juge Strayer a conclu que les lignes directrices postérieures à l'arrêt *Yhap* n'entravent pas indûment le pouvoir discrétionnaire des agents d'immigration. Le juge a expliqué la différence fondamentale entre les raisons d'ordre humanitaire et les raisons d'intérêt public, lesquelles sont toutes deux mentionnées au paragraphe 114(2). L'arrêt *Yhap* était fondé sur la proposition selon laquelle l'expression «humanitaire» a un sens objectif que chaque agent d'immigration a le droit d'interpréter. Cependant, l'expression «intérêt public» n'a pas de contenu objectif. L'agent d'immigration ne peut pas définir l'«intérêt public». Il s'agit d'une question relevant du gouverneur en conseil, qui agit sur les recommandations du ministre. En l'espèce, l'agente n'a pas automatiquement refusé d'examiner le cas de la requérante, mais a considéré que cette dernière ne satisfaisait pas aux conditions de dispense pour des raisons d'intérêt public.

Les exigences d'équité en matière de procédure peuvent être satisfaites par une audition ou par la présentation d'observations écrites, si le décideur «entend» fondamentalement le requérant. En l'espèce, l'agente d'immigration a consulté le dossier avant l'audition, mais elle a également accepté et examiné les observations écrites de l'avocat de la requérante.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 9(1),
 27(2)(b),(e), 114(2).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Vidal v. Canada (Minister of Employment & Immigration) b
 (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 123 (F.C.T.D.).

CONSIDERED:

Minister of Employment and Immigration et al. v. Jiminez-Perez et al., [1984] 2 S.C.R. 565; (1984), 14 D.L.R. (4th) 609; [1985] 1 W.W.R. 577; 9 Admin. L.R. 280; 56 c
 N.R. 215.

REFERRED TO:

Yhap v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1990] 1 F.C. 722; (1990), 9 Imm. L.R. (2d) 69; 29 d
 F.T.R. 223 (T.D.); *Boulis v. Minister of Manpower and Immigration*, [1974] S.C.R. 875; (1972), 26 D.L.R. (3d) 216; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 93 N.R. 183; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; (1990), 69 e
 D.L.R. (4th) 489; [1990] 3 W.W.R. 289; 83 Sask. R. 81; 43 Admin. L.R. 157; 30 C.C.E.L. 237; 90 CLLC 14,010; 106 N.R. 17.

COUNSEL:

I. F. Petricone for applicant.
Claire A. le Riche for respondent.

SOLICITORS:

Rexdale Community Information & Legal Services, Rexdale, Ontario, for applicant. b
Deputy Attorney General of Canada, for respondent.

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

CULLEN J.: This is an application pursuant to section 18 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] for an order in the nature of *certiorari*. The applicant seeks an order quashing the decision of an immigration officer that there were insufficient humanitarian and compassionate grounds for the exercise of the discretion under subsection 114(2) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ("the Act"), exempting the applicant from the operation of subsection i
 j

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 9(1), 27(2)(b),(e), 114(2).

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Vidal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 123 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Ministre de l'Emploi et de l'Immigration et autres c. Jiminez-Perez et autre, [1984] 2 R.C.S. 565; (1984), 14 D.L.R. (4th) 609; [1985] 1 W.W.R. 577; 9 Admin. L.R. 280; 56 N.R. 215.

DÉCISIONS CITÉES:

Yhap c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1990] 1 C.F. 722; (1990), 9 Imm. L.R. (2d) 69; 29 F.T.R. 223 (1^{re} inst.); *Boulis c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1974] R.C.S. 875; (1972), 26 D.L.R. (3d) 216; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 93 N.R. 183; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; (1990), 69 D.L.R. (4th) 489; [1990] 3 W.W.R. 289; 83 Sask. R. 81; 43 Admin. L.R. 157; 30 C.C.E.L. 237; 90 CLLC 14,010; 106 N.R. 17.

AVOCATS:

I. F. Petricone pour la requérante.
Claire A. le Riche pour l'intimé.

PROCUREURS:

Rexdale Community Information & Legal Services, Rexdale (Ontario), pour la requérante.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

LE JUGE CULLEN: Il s'agit d'une demande présentée en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7] en vue de l'obtention d'une ordonnance de la nature d'un *certiorari*. La requérante demande une ordonnance annulant la décision par laquelle l'agent d'immigration a conclu à l'insuffisance des raisons d'ordre humanitaire en vue de l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par le paragraphe 114(2) de la *Loi sur l'immigration*,

9(1) of the Act and allowing her to apply for permanent residence from within Canada. The applicant also seeks an order in the nature of *mandamus* compelling the respondent to grant the applicant another hearing in which the applicant's claim of humanitarian and compassionate grounds may be reconsidered in accordance with the law and the duty of fairness.

FACTS

The applicant entered Canada on a visitor's visa on June 2, 1981. She remained in Canada after her visa expired, and has resided in Canada continuously since her arrival. On June 22, 1987, the applicant voluntarily reported herself to the Canada Immigration Centre in Toronto. She had not previously come to the attention of the immigration authorities. A report was made on the applicant pursuant to paragraphs 27(2)(b) and (e) of the Act on the grounds that she had engaged or continued in employment contrary to the Act, and had remained in Canada after her visitor status had expired.

On August 12, 1987, the applicant was interviewed by an immigration officer in order to determine if she could be exempted from the visa requirements of subsection 9(1) of the Act, either for reasons of public policy or for humanitarian and compassionate grounds. The immigration officer determined that there were insufficient grounds to warrant a recommendation that the applicant be exempted.

The applicant applied for Convention refugee status on September 15, 1988. As the applicant was in Canada on January 1, 1989, and had applied for consideration as a Convention refugee prior to that date, she was subject to the refugee claimants backlog procedures. In accordance with these procedures, the applicant was interviewed a second time on February 2, 1990, to determine if there were sufficient humanitarian and compassionate grounds or reasons of public policy to allow the applicant to apply for permanent residence status from within Canada. It was again determined that the applicant did not warrant exemption from the visa requirements of the Act.

L.R.C. (1985), chap. I-2, («la Loi»), en vertu duquel une personne peut être dispensée de l'application du paragraphe 9(1) de la Loi et être autorisée à présenter une demande de résidence permanente depuis le Canada. La requérante demande également une ordonnance de la nature d'un *mandamus* obligeant l'intimé à lui accorder une autre audience au cours de laquelle la question des considérations d'ordre humanitaire qu'elle a invoquée pourra être examinée de nouveau conformément à la loi et à l'obligation d'agir équitablement.

LES FAITS

La requérante est entrée au Canada à l'aide d'un visa de visiteur le 2 juin 1981. Elle est demeurée au Canada une fois le visa expiré, et a continuellement habité le pays depuis lors. Le 22 juin 1987, la requérante s'est volontairement présentée au Centre d'immigration du Canada, à Toronto. Un rapport a été rédigé conformément aux alinéas 27(2)(b) et (e) de la Loi, pour le motif que la requérante avait occupé un emploi en violation de la Loi, et qu'elle était demeurée au Canada après l'expiration de son visa de visiteur.

Le 12 août 1987, un agent d'immigration a interrogé la requérante afin de déterminer si elle pouvait être dispensée des exigences relatives aux visas, énoncées au paragraphe 9(1) de la Loi, pour des raisons d'intérêt public ou encore pour des raisons d'ordre humanitaire. L'agent d'immigration a conclu à l'insuffisance des motifs permettant de justifier une recommandation en faveur de la dispense.

La requérante a demandé le statut de réfugiée au sens de la Convention le 15 septembre 1988. Étant donné qu'elle était au Canada le 1^{er} janvier 1989 et qu'elle avait revendiqué le statut de réfugiée au sens de la Convention avant cette date, elle était assujettie à la procédure de l'arriéré des revendications du statut de réfugié. Conformément à cette procédure, on a interrogé la requérante une seconde fois, le 2 février 1990, en vue de déterminer s'il existait des raisons suffisantes d'intérêt public ou d'ordre humanitaire pour lui permettre de demander le statut de résidente permanente depuis le Canada. Il a de nouveau été décidé que rien ne permettait de dispenser la requérante des exigences de la Loi concernant les visas.

However, as a result of the decision of this Court in *Yhap v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 1 F.C. 722 (T.D.), in which it was held that the guidelines existing at the time of the applicant's second interview for determining the existence of humanitarian and compassionate grounds for backlog refugees were an invalid fettering of the discretion of immigration officers under subsection 114(2) of the Act, the respondent prepared new guidelines on the exercise of discretion by immigration officers. All refugee claimants whose interviews prior to the *Yhap* decision resulted in no recommendation for exemption, such as the applicant in this case, were granted a new interview in accordance with the new guidelines. On May 2, 1990, the applicant was interviewed a third time to determine if sufficient humanitarian and compassionate grounds existed to warrant an exemption from the visa requirements of the Act.

The applicant's third interview was conducted by Cathy Ralph, an immigration officer and a unit supervisor with the Toronto refugee backlog. Prior to the interview, Ms. Ralph reviewed the applicant's file and noted that at her first interview in August 1987, the applicant had already been considered under the illegal *de facto* resident policy, one of the headings of the public policy grounds under which an exemption to visa requirements may be made. As the applicant had already been reviewed under this branch of the public policy grounds, she determined that she would not consider the applicant any further under this policy at the May 2 interview. (Ms. Ralph indicates in her affidavit, however, that in reaching her final decision, she did not rely merely on the information contained in the file, but considered all the relevant considerations). The applicant was interviewed for over an hour by Ms. Ralph, who took notes and accepted documentary evidence presented by the applicant setting out the circumstances which she felt constituted humanitarian and compassionate grounds.

Toutefois, par suite de la décision rendue par la Cour dans l'affaire *Yhap c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 1 C.F. 722 (1^{re} inst.), où il a été jugé que les lignes directrices en vigueur au moment de la seconde entrevue, lesquelles visaient à déterminer l'existence de raisons d'ordre humanitaire en ce qui concerne les personnes dont le cas faisait partie de l'arriéré, constituaient une entrave invalide au pouvoir discrétionnaire conféré aux agents d'immigration par le paragraphe 114(2) de la Loi, l'intimé a préparé de nouvelles lignes directrices au sujet de l'exercice de ce pouvoir. Tous les demandeurs du statut de réfugié dont l'entrevue avait eu lieu avant le prononcé du jugement dans l'affaire *Yhap* et à l'égard desquels aucune recommandation n'avait été faite en faveur de la dispense, comme c'est le cas pour la requérante en l'espèce, se sont vu accorder une autre entrevue conformément aux nouvelles lignes directrices. Le 2 mai 1990, on a interrogé la requérante une troisième fois pour déterminer s'il existait des raisons d'ordre humanitaire justifiant l'octroi d'une dispense des exigences de la Loi concernant les visas.

La troisième entrevue a eu lieu devant Cathy Ralph, agente d'immigration et superviseure d'unité au bureau de l'arriéré de Toronto. Avant l'entrevue, M^{me} Ralph avait examiné le dossier de la requérante et avait remarqué qu'à la première entrevue, en août 1987, celle-ci avait déjà été assujettie à un examen en vertu de la politique concernant les résidents de fait en situation administrative irrégulière, soit l'une des rubriques, parmi les raisons d'intérêt public, en vertu desquelles une dispense des exigences concernant les visas pouvait être demandée. Cela étant, l'agente a décidé, à l'entrevue du 2 mai, de ne plus examiner le cas de la requérante en vertu de cette politique. (Toutefois, M^{me} Ralph laisse entendre, dans son affidavit, qu'en prenant sa décision finale, elle ne s'est pas simplement appuyée sur les renseignements versés au dossier, mais a également tenu compte de toutes les considérations pertinentes). La requérante a été interrogée pendant plus d'une heure par M^{me} Ralph, qui a pris des notes et a accepté la preuve documentaire présentée, dans laquelle étaient énoncées les circonstances qui, selon la requérante, constituaient des raisons d'ordre humanitaire.

At the interview, the applicant also presented Ms. Ralph with a letter from her lawyer, Ian Stewart, in which he stated that he was unable to attend the interview with the applicant, and wished to make written representations with respect to the applicant's request for exemption based on humanitarian and compassionate grounds. Ms. Ralph telephoned Mr. Stewart to discuss a date for receipt of the written submissions. In the course of their conversation, Mr. Stewart indicated that he would be making written submissions on behalf of the applicant based on the illegal *de facto* residents policy contained in the new, post-*Yhap* policy guidelines.

The applicant and the respondent dispute the nature of Ms. Ralph's response to Mr. Stewart's position. The applicant states that Ms. Ralph said that the applicant was not eligible to apply under the illegal *de facto* residents policy as she had previously come to the attention of the respondent, pursuant to the eligibility requirements in the guidelines. Mr. Stewart in his affidavit states that he told Ms. Ralph that as the new guidelines were intended to apply to those persons in the refugee backlog, and as these persons in all likelihood had previously come to the attention of the respondent, the respondent could not have intended the eligibility requirements to apply to those in the backlog. If this were so, the guidelines with respect to illegal *de facto* residents would be rendered superfluous in the context of the backlog. Mr. Stewart states in his affidavit that Ms. Ralph responded by stating that the guidelines were meant to apply to all applications for humanitarian and compassionate consideration, not just members of the backlog, and that persons in the backlog could not be considered under the illegal *de facto* resident heading of the public policy guidelines.

The respondent denies that Ms. Ralph stated flatly and categorically that the applicant was not eligible to apply as an illegal *de facto* resident as she had previously come to the attention of the Minister. Rather, the respondent's position is that Ms. Ralph's affidavit

À l'entrevue, la requérante a également présenté à M^{me} Ralph une lettre dans laquelle son avocat, Ian Stewart, déclarait qu'il ne pouvait pas assister à l'entrevue et qu'il voulait faire des observations par écrit au sujet de la demande de dispense présentée par sa cliente. M^{me} Ralph a communiqué avec M^e Stewart par téléphone pour discuter de la date à laquelle les observations écrites seraient produites. Au cours de la conversation, M^e Stewart a laissé savoir que ses observations seraient fondées sur la politique concernant les résidents de fait en situation administrative irrégulière figurant dans les nouvelles lignes directrices établies à la suite de l'affaire *Yhap*.

La requérante et l'intimé ne s'entendent pas sur la nature de la réponse que M^{me} Ralph a donnée à M^e Stewart. La requérante affirme que cette dernière a déclaré qu'elle ne pouvait pas présenter de demande en vertu de la politique concernant les résidents de fait en situation administrative irrégulière étant donné que son cas avait déjà retenu l'attention de l'intimé, conformément aux conditions d'admissibilité énoncées dans les lignes directrices. Dans son affidavit, M^e Stewart déclare avoir dit à M^{me} Ralph qu'étant donné que les nouvelles lignes directrices étaient destinées à s'appliquer aux personnes dont le cas faisait partie de l'arriéré et que celles-ci avaient probablement déjà retenu l'attention de l'intimé, les conditions d'admissibilité n'étaient certainement pas destinées à s'appliquer à elles. Si c'était le cas, les lignes directrices relatives aux résidents de fait en situation administrative irrégulière deviendraient superflues dans le contexte de l'arriéré. Dans son affidavit, M^e Stewart déclare que M^{me} Ralph lui a répondu que les lignes directrices étaient destinées à s'appliquer à toutes les demandes fondées sur des raisons d'ordre humanitaire, et non uniquement aux personnes dont le cas faisait partie de l'arriéré, et que ces dernières ne pouvaient pas faire l'objet d'un examen sous la rubrique concernant les résidents de fait en situation administrative irrégulière figurant dans les lignes directrices relatives aux raisons d'intérêt public.

L'intimé nie que M^{me} Ralph ait carrément déclaré que la requérante ne pouvait pas présenter une demande à titre de résidente de fait en situation administrative irrégulière étant donné que son cas avait déjà retenu l'attention du ministre. La position de

evidence is that she said that normally a person in the backlog would not be eligible to apply as an illegal *de facto* resident as that person would have come to the respondent's attention. The respondent also denies that Ms. Ralph said that persons in the backlog could not be considered under the illegal *de facto* resident policy, but rather provided Mr. Stewart with examples of individuals in the backlog who would be eligible under the policy. According to Ms. Ralph, if a member of the backlog had been "underground" for more than five years, and had come to the attention of the respondent by claiming refugee status before January 1, 1989, and that person had not been interviewed until his/her hearing under the refugee backlog program, that person would be considered under the illegal *de facto* resident policy. The respondent states that Ms. Ralph also advised Mr. Stewart that she had in the past accepted members of the backlog under humanitarian and compassionate grounds that were eligible under the illegal *de facto* resident policy, and that if someone in the backlog met the public policy grounds, but not humanitarian and compassionate grounds, that person could still be successful in an interview.

On May 22, 1990, Mr. Stewart delivered his written submissions with respect to the illegal *de facto* resident policy and humanitarian and compassionate grounds. He also made submissions based on the long-term commitment to Canada policy. The written submissions were considered by Ms. Ralph, along with the results of the applicant's interview. She decided to refuse the applicant's request for exemption from visa requirements on both humanitarian and compassionate grounds and for reasons of public policy. She did not consider the applicant under the long-term commitment to Canada policy, as she considered the applicant to be ineligible because she did not have valid immigration status. On October 11, 1990, the applicant was given leave to commence this proceeding challenging the decision of Ms. Ralph under section 18 of the *Federal Court Act*.

l'intimé est plutôt que selon son affidavit, M^{me} Ralph a déclaré que normalement, une personne dont le cas faisait partie de l'arriéré ne pourrait pas présenter une demande à titre de résidente de fait en situation administrative irrégulière étant donné que son cas aurait retenu l'attention du ministre. L'intimé nie également que M^{me} Ralph ait dit que les personnes dont le cas faisait partie de l'arriéré ne pouvaient pas se prévaloir de la politique concernant les résidents de fait en situation administrative irrégulière, l'agente ayant plutôt donné à M^e Stewart des exemples de circonstances dans lesquelles ces personnes seraient admissibles en vertu de la politique. Selon M^{me} Ralph, si l'une de ces personnes avait vécu «dans la clandestinité» pendant plus de cinq ans, si son cas avait retenu l'attention du ministre parce qu'elle avait revendiqué le statut de réfugiée avant le 1^{er} janvier 1989, et si elle n'avait pas été interrogée avant l'audience en vertu du programme d'élimination de l'arriéré, son cas serait examiné en vertu de la politique concernant les résidents de fait en situation administrative irrégulière. L'intimé déclare que M^{me} Ralph a également informé M^e Stewart qu'elle avait par le passé accepté, pour des raisons d'ordre humanitaire, des personnes dont le cas faisait partie de l'arriéré qui étaient admissibles en vertu de la politique concernant les résidents de fait en situation administrative irrégulière, et que si la personne en question était admissible pour des raisons d'intérêt public, mais non pour des raisons d'ordre humanitaire, elle pouvait néanmoins avoir gain de cause à l'entrevue.

Le 22 mai 1990, M^e Stewart a produit ses observations écrites au sujet de la politique concernant les résidents de fait en situation administrative irrégulière et au sujet des raisons d'ordre humanitaire. Il a également présenté des observations fondées sur la politique d'engagement à long terme envers le Canada. Ces observations ont été examinées par M^{me} Ralph, de même que le résultat de l'entrevue avec la requérante. M^{me} Ralph a décidé de rejeter la demande de dispense des exigences concernant les visas, et ce, tant en vertu des raisons d'ordre humanitaire qu'en vertu des raisons d'intérêt public. Elle n'a pas examiné le cas de la requérante conformément à la politique d'engagement à long terme envers le Canada, car à son avis, celle-ci n'était pas admissible puisqu'elle n'avait pas un statut valide d'immigrante. Le 11 octobre 1990, la requérante a obtenu l'autorisa-

tion d'engager la présente procédure, dans laquelle elle conteste, en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, la décision de M^{me} Ralph.

ISSUES

The parties are essentially in agreement as to the issues raised in this application. They may be stated as follows:

1. Whether the respondent fettered its discretion with respect to members of the refugee claims backlog pursuant to the post-*Yhap* policy guidelines, by precluding consideration of the applicant's claim based on illegal *de facto* residency, for the reason that the members of the backlog have previously come to official immigration attention;

2. Whether the respondent fettered its discretion with respect to the applicant by not considering the applicant's claim based on the illegal *de facto* residency policy, for the reason that the applicant had already been reviewed under that policy;

3. Whether the immigration officer acted unfairly or unreasonably in her interpretation of the illegal *de facto* residents policy and the long-term commitment to Canada policy.

ANALYSIS

The subject of this application is the lawfulness of the decision of the immigration officer Cathy Ralph, acting under subsection 114(2) of the Act and in accordance with departmental guidelines as she understood them, refusing to recommend to the Minister that the applicant be exempted from the visa requirements of the Act. The applicant submits that the discretion of the immigration officer to make this recommendation was improperly fettered by the policy guidelines of the respondent. Before embarking on an analysis of the applicant's submissions, however, I first propose to examine the statutory and administrative framework governing the proceeding that is the subject of this application.

^a LES QUESTIONS LITIGIEUSES

Les parties sont essentiellement d'accord en ce qui concerne les questions ici en litige. Ces dernières peuvent être énoncées comme suit:

1. Question de savoir si l'intimé a entravé son pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne les personnes dont le cas fait partie de l'arriéré, conformément aux lignes directrices postérieures à l'arrêt *Yhap*, en empêchant l'examen de la demande fondée sur la politique concernant les résidents de fait en situation administrative irrégulière, pour le motif que le cas avait déjà retenu l'attention des autorités;

2. Question de savoir si l'intimé a entravé son pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne la requérante en omettant d'examiner la demande présentée par cette dernière en vertu de la politique concernant les résidents de fait en situation administrative irrégulière, pour le motif que la requérante avait déjà été assujettie à un examen en vertu de cette politique;

3. Question de savoir si l'agente d'immigration a agi d'une manière inéquitable ou déraisonnable en interprétant la politique concernant les résidents de fait en situation administrative irrégulière et la politique d'engagement à long terme envers le Canada.

^g EXAMEN

La demande porte sur la légalité de la décision que Cathy Ralph, agente d'immigration, a prise en vertu du paragraphe 114(2) de la Loi en se fondant sur son interprétation des lignes directrices ministérielles, lorsqu'elle a refusé de recommander au ministre de dispenser la requérante des exigences de la Loi concernant les visas. La requérante soutient que le pouvoir discrétionnaire que possède l'agente d'immigration de faire cette recommandation est entravé sans motif légitime par les lignes directrices de l'intimé. Toutefois, avant d'entreprendre l'examen des arguments de la requérante, je me propose d'examiner le cadre légal et administratif régissant la procédure ici en cause.

First, it should be noted that subsection 9(1) of the Act provides that, except as otherwise prescribed, all persons seeking admission to Canada must obtain a visa. Subsection 9(1) reads:

9.(1) Except in such cases as are prescribed, every immigrant and visitor shall make an application for and obtain a visa before that person appears at a port of entry.

It is not disputed that the applicant had not complied with the proper visa requirements in this case. However, subsection 114(2) of the Act provides that the Governor in Council may, by regulation, exempt any person from the application of the requirements of the Act or otherwise facilitate a person's admission to Canada for either reasons of public policy, or humanitarian and compassionate considerations:

114. . . .

(2) The Governor in Council may by regulation exempt any person from any regulation made under subsection (1) or otherwise facilitate the admission of any person where the Governor in Council is satisfied that the person should be exempted from that regulation or the person's admission should be facilitated for reasons of public policy or due to the existence of compassionate or humanitarian considerations.

While the discretion under subsection 114(2) is vested in the Governor in Council, in practice the volume of applications for exemption is such that it is the immigration officer conducting the interview who determines whether the requisite humanitarian and compassionate grounds or public policy reasons exist that would warrant an exemption. The immigration officer makes a recommendation to the Minister, who in turn makes a recommendation to the Governor in Council. This procedure, a delegation by necessary implication, was approved in *Minister of Employment and Immigration et al. v. Jiminez-Perez et al.*, [1984] 2 S.C.R. 565. It was also held in *Jiminez-Perez* that an applicant for exemption under subsection 114(2) is entitled to a full and fair review to determine the existence of humanitarian and compassionate considerations in his/her particular situation.

The discretion of immigration officers to make recommendations for exemptions under this regime is guided by standards provided by the respondent in the form of policy guidelines. The guidelines in question in the case at hand were formulated after the

En premier lieu, il faut noter que le paragraphe 9(1) de la Loi prévoit que sauf disposition contraire, toutes les personnes qui demandent à être admises au Canada doivent obtenir un visa. Le paragraphe 9(1) est ainsi libellé:

9.(1) Sauf cas prévus par règlement, les immigrants et visiteurs doivent demander et obtenir un visa avant de se présenter à un point d'entrée.

Il n'est pas contesté que la requérante n'a pas satisfait aux exigences de la Loi concernant les visas. Toutefois, le paragraphe 114(2) de la Loi prévoit que le gouverneur en conseil peut, par règlement, accorder une dispense d'application des exigences de la Loi ou faciliter de toute autre manière l'admission d'une personne au Canada pour des raisons d'intérêt public ou d'ordre humanitaire:

114. . . .

(2) Pour des raisons d'intérêt public ou d'ordre humanitaire, le gouverneur en conseil peut, par règlement, accorder une dispense d'application d'un règlement pris aux termes du paragraphe (1) ou faciliter l'admission de toute autre manière.

Le pouvoir discrétionnaire conféré par le paragraphe 114(2) est dévolu au gouverneur en conseil, mais en pratique, le nombre de demandes de dispense est tel que c'est l'agent d'immigration chargé de l'enquête qui détermine s'il existe des raisons d'intérêt public ou d'ordre humanitaire qui justifieraient l'octroi de la dispense. L'agent d'immigration fait une recommandation au ministre qui, de son côté, fait une recommandation au gouverneur en conseil. Cette procédure, qui est en fait une délégation implicite, a été approuvée dans l'arrêt *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration et autres c. Jiminez-Perez et autre*, [1984] 2 R.C.S. 565. Il a également été jugé dans l'arrêt *Jiminez-Perez* que la personne qui demande une dispense en vertu du paragraphe 114(2) a droit à un examen complet et équitable permettant de déterminer s'il existe des raisons d'ordre humanitaire dans son cas.

Les normes établies par l'intimé au moyen de lignes directrices servent de guide au pouvoir discrétionnaire que possèdent les agents d'immigration de faire des recommandations en vue de l'octroi d'une dispense en vertu de ce régime. Les lignes directrices

decision of Jerome A.C.J. in *Yhap, supra*, that the previous guidelines concerning humanitarian and compassionate grounds unduly fettered the discretion delegated to immigration officers under subsection 114(2). These new guidelines deal with the exercise of discretion under both humanitarian and compassionate grounds, and reasons of public policy. One of the categories of public policy which may be considered by immigration officers in the exercise of their discretion is the illegal *de facto* residents policy outlined below:

Illegal de facto Residents Policy

Persons who meet the definition of an illegal de facto resident may be considered from within Canada. Illegal de facto residents are administratively defined as those persons who have not previously come to our attention and who, although they have no legal status in Canada, have been here so long and are so established that, in fact if not in law, they have their residence in Canada and not abroad. These persons will have gone "underground" and will not have previously come to official immigration attention, e.g., as refugee claimants, members of the refugee claims backlog, or persons previously ordered removed. Such persons would have severed their ties with their home country and would undergo undue hardship if they were required to leave Canada in order to seek a visa to return (legally) as permanent residents. [Emphasis added.]

It is undisputed that the applicant had previously come to the attention of the respondent, and therefore did not come within the definition. As noted above, the position of the applicant is that this definition of eligibility for the illegal *de facto* residency exemption could not have been intended to apply to those in the backlog.

I would observe in passing at this point that it is not appropriate for a reviewing court to interfere with the exercise of a statutorily-granted discretion, such as the discretion granted to the immigration officer under subsection 114(2), unless it is clear that the discretion was exercised unreasonably, in bad faith, or was based on irrelevant considerations. A court should not in effect substitute its own conclusion on an issue for that of the administrator vested with the

ici en cause ont été établies après que le juge en chef adjoint Jerome eut déclaré dans l'affaire *Yhap, supra*, que les lignes directrices relatives aux raisons d'ordre humanitaire qui étaient alors en vigueur entravaient indûment le pouvoir discrétionnaire délégué aux agents d'immigration en vertu du paragraphe 114(2). Les nouvelles lignes directrices portent sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire tant en vertu des raisons d'ordre humanitaire que des raisons d'intérêt public. L'une des raisons d'intérêt public qui peut être prise en considération par l'agent d'immigration dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire concerne les résidents de fait en situation administrative irrégulière:

Résidents de fait en situation administrative irrégulière

La demande des personnes auxquelles s'applique la définition de résident de fait en situation administrative irrégulière peut être examinée au Canada. Du point de vue administratif, les résidents de fait en situation administrative irrégulière sont des personnes qui ont auparavant échappé à l'attention des autorités canadiennes et qui, même si elles n'ont pas de statut légal au Canada, sont ici depuis si longtemps et y sont si bien établies que, de fait sinon de droit, elles ont leur résidence au Canada et non à l'étranger. Les personnes qui vivent dans la clandestinité et ne sont pas connues des autorités de l'Immigration, p. ex., comme demandeurs du statut de réfugié économiques, demandeurs dont le cas fait partie de l'arriéré ou personnes qui ont déjà été visées par une ordonnance de renvoi. Ces personnes ont rompu les liens avec leur pays d'origine et feraient face à des difficultés si elles devaient quitter le Canada afin d'obtenir un visa pour y revenir, légalement, à titre de résidents permanents. [C'est moi qui souligne.]

Il n'est pas contesté que le cas de la requérante avait déjà retenu l'attention de l'intimé et que celle-ci n'était donc pas visée par la définition. Comme je l'ai ci-dessus fait remarquer, la requérante soutient que la définition de l'admissibilité en vue de l'octroi de la dispense à titre de résidente de fait en situation administrative irrégulière n'était pas destinée à s'appliquer aux personnes dont le cas faisait partie de l'arriéré.

Je tiens à faire remarquer en passant qu'il ne convient pas pour le tribunal de révision de s'ingérer dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire conféré par la loi, comme celui que possède l'agent d'immigration en vertu du paragraphe 114(2), à moins que celui-ci n'ait clairement agi d'une manière déraisonnable ou de mauvaise foi, ou encore pour des raisons non pertinentes. Le tribunal ne devrait pas en fait substituer sa propre conclusion à celle de l'adminis-

discretion: *Boulis v. Minister of Manpower and Immigration*, [1974] S.C.R. 875, at page 877; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at page 1076.

trateur investi du pouvoir discrétionnaire: *Boulis c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1974] R.C.S. 875, à la page 877; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la page 1076.

Fettering of Respondent's Discretion: Public Policy:

L'entrave au pouvoir discrétionnaire de l'intimé: raisons d'intérêt public:

The applicant submits that the respondent has fettered the discretion of immigration officers by preventing them from considering those in the refugee backlog as eligible for the same treatment as those in the illegal *de facto* resident policy, on the ground that they had previously come to the attention of the respondent. In my opinion, however, there has been no fettering of discretion by the respondent in the context of this branch of the public policy exemption.

La requérante soutient que l'intimé a entravé le pouvoir discrétionnaire des agents d'immigration en les empêchant de considérer que les personnes dont le cas fait partie de l'arriéré ont droit au même traitement que les personnes visées par la politique concernant les résidents de fait en situation administrative irrégulière, pour le motif qu'elles ont déjà retenu l'attention de l'intimé. Toutefois, à mon avis, l'intimé n'a pas entravé le pouvoir discrétionnaire dans le contexte de ce motif de dispense.

With respect to the guidelines generally, I do not think it can be seriously disputed that general standards are necessary for the effective exercise of discretion in the circumstances, in order to ensure a certain level of consistency from one decision to another, and to avoid a patchwork of arbitrary and haphazard decisions being made across the country. Uniformity in decision-making, however, must be balanced against the need to consider individual cases on their own merits and particular circumstances. Care must be taken so that any guidelines formulated to structure the use of discretion do not crystallize into binding and conclusive rules. If the discretion of the administrator becomes too tightly circumscribed by guidelines, the flexibility and judgment that are an integral part of discretion may be lost. The balance to be struck between the two considerations depends, however, on the circumstances and considerations of a particular decision-making situation.

En ce qui concerne les lignes directrices d'une manière générale, je ne crois pas qu'on puisse sérieusement contester que des normes générales sont nécessaires en vue de l'exercice efficace du pouvoir discrétionnaire, de façon à assurer une certaine uniformité d'une décision à l'autre, et à éviter un fouillis de décisions arbitraires et fortuites d'un bout à l'autre du pays. Toutefois, il faut établir l'équilibre entre l'uniformité dans les prises de décisions et la nécessité d'examiner au fond chaque cas particulier en tenant compte des circonstances qui lui sont propres. Il faut veiller à ce que les lignes directrices destinées à structurer l'emploi du pouvoir discrétionnaire ne deviennent pas des règles obligatoires et décisives. Si les lignes directrices limitent trop strictement le pouvoir discrétionnaire de l'administrateur, cela peut influer d'une manière négative sur la souplesse et le jugement dont il faut faire preuve dans l'exercice de ce pouvoir. Toutefois, l'équilibre à établir entre les deux considérations susmentionnées dépend des circonstances et des considérations propres au cas faisant l'objet de la prise de décision.

Recently, in *Vidal v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 123 (F.C.T.D.), Mr. Justice Strayer addressed the above concerns, and held that post-*Yhap* policy guidelines do not improperly fetter the discretion of immigration officers. He stated (at pages 134-135):

Récemment, dans l'arrêt *Vidal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 123 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Strayer a examiné les questions susmentionnées et a jugé que les lignes directrices postérieures à l'arrêt *Yhap* n'entravent pas d'une manière illégitime le pouvoir discrétionnaire.

I am satisfied that these guidelines adequately convey to immigration officers that, particularly in respect of humanitarian and compassionate considerations, the guidelines are not to be regarded as exhaustive and definitive. It is emphasized and re-emphasized that officers are expected to use their best judgment. I believe they amount to "general policy" or "rough rules of thumb", which Jerome A.C.J. recognized as permissible in the *Yhap* case. I would go farther than Jerome A.C.J. and say that such guidelines are not only permissible but highly desirable in the circumstances. No doubt when Parliament conferred the power under subs. 114(2) on the Governor in Council to make exceptions to the requirements in the Act and the Regulations it expected the Governor in Council to exercise that discretion with some sort of consistency throughout the country and not purely arbitrarily or by whim. More particularly, by the principles of parliamentary government the Governor in Council must be responsible to Parliament for the exercise of his discretion. As the Governor in Council is in the vast majority of cases dependent on the recommendations of immigration officers, as approved by the Minister, for the exercise of his discretion, it is highly desirable that immigration officers have some sort of guidance as to what factors the Minister thinks important in making recommendations to the Governor in Council in this respect. If the net effect of this is to give more importance to some factors, without necessarily excluding other factors, it appears to me to be a sensible way for the Minister and the Governor in Council to bring some consistency into the exercise of powers under subs. 114(2) and to discharge their political responsibilities to Parliament.

In *Vidal*, Mr. Justice Strayer was presented with the same argument advanced by the applicant in this case, *i.e.* that the illegal *de facto* resident policy fettered the discretion of immigration officers with respect to those in the refugee backlog program. Mr. Justice Strayer stated, at pages 140-141:

Counsel took issue in argument with one of the policies listed under the heading of "Public Policy Situations" in the guidelines, namely, the "Illegal De Facto Residents Policy", which is quoted above. The basis of the argument appeared to be that it was unreasonable or illegal to prevent immigration officers from considering those in the Refugee Backlog Programme as eligible for the same treatment as "Illegal De Facto Residents".

tionnaire des agents d'immigration. Il a déclaré ceci (aux pages 134 et 135):

Je suis convaincu que ces lignes directrices exposent de façon adéquate aux agents d'immigration qu'en particulier, en ce qui concerne les raisons d'ordre humanitaire, elles ne peuvent pas être considérées comme exhaustives et définitives. Elles répètent, maintes et maintes fois, que les agents doivent utiliser leur jugement. J'estime qu'elles constituent un «principe général» ou des «règles empiriques grossières», ce que le juge en chef adjoint Jerome a reconnu comme valable dans la décision *Yhap*. J'irais même plus loin que le juge en chef adjoint Jerome en disant que ces lignes directrices ne sont pas seulement admissibles, mais qu'elles sont aussi hautement souhaitables dans les circonstances. Il ne fait pas doute que lorsque le Parlement a conféré le pouvoir en vertu du paragraphe 114(2) au gouverneur en conseil de faire des exceptions aux exigences de la Loi et du règlement, il s'attendait à ce que le gouverneur en conseil exerce ce pouvoir discrétionnaire avec une certaine cohérence dans tout le pays, et non pas de façon purement arbitraire ou d'après son caprice. Plus particulièrement selon les principes du régime parlementaire, le gouverneur en conseil doit être responsable devant le Parlement de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Comme le gouverneur en conseil dépend dans la grande majorité des cas des recommandations des agents de l'immigration, selon l'approbation donnée par le ministre, pour exercer son pouvoir discrétionnaire, il est tout à fait souhaitable que les agents d'immigration aient un guide, en quelque sorte, sur ce qui concerne les facteurs que le ministre juge importants dans la formulation des recommandations au Gouverneur en conseil à cet égard. Si cela aboutit, en fin de compte, à donner plus d'importance à certains facteurs sans nécessairement en exclure d'autres, il me semble que cela constitue une manière raisonnable pour le ministre et le gouverneur en conseil de ménager une certaine cohérence dans l'exercice des pouvoirs prévus au paragraphe 114(2) et de s'acquitter de leurs responsabilités politiques devant le Parlement.

Dans l'affaire *Vidal*, on a invoqué devant le juge Strayer le même argument que celui que la requérante a mis en avant en l'espèce, à savoir que la politique concernant les résidents de fait en situation administrative irrégulière entravait le pouvoir discrétionnaire des agents d'immigration en ce qui concerne les personnes visées par le programme d'élimination de l'arriéré. Aux pages 140 et 141, le juge Strayer a déclaré ceci:

L'avocat a contesté dans son plaidoyer l'une des politiques énumérées sous la rubrique «Raisons d'intérêt public» dans les lignes directrices, à savoir la «politique sur les résidents de fait en situation administrative irrégulière» citée plus haut. La base de son argument semblait être qu'il était déraisonnable ou illégal d'empêcher les agents de l'immigration de considérer les réfugiés visés par le programme d'élimination de l'arriéré comme admissibles au même traitement que les «résidents de fait en situation administrative irrégulière».

To the extent that this is an argument that immigration officers should have the discretion, on public policy grounds, to treat those who do not come within the administrative definition of "Illegal De Facto Residents" as if they do, I think it is untenable. In my view, there is a fundamental difference between humanitarian and compassionate grounds referred to in subs. 114(2), where Jerome A.C.J. has held in the *Yhap* case that there can be no fettering of discretion of immigration officers, and the public policy ground also referred to in subs. 114(2). As I have suggested earlier, the rationale of *Yhap* is based on the proposition that the words "humanitarian and compassionate" have some objective meaning which each immigration officer is entitled to interpret. But the term "public policy" has no objective content and must be defined by those having authority to define public policy. I cannot accept that every immigration officer has the right and the obligation to define his own "public policy". That is surely a matter for the Governor in Council to determine in the exercise of his authority under subs. 114(2), and it is perfectly legitimate for the Minister to indicate through guidelines what she will recommend to the Governor in Council as "public policy" (based, presumably, on what the Governor in Council is likely to accept). The guidelines may therefore prescribe the situations in which, for reasons of public policy, the Governor in Council will by regulation exempt an individual from other regulations or otherwise facilitate his admission.

By making special arrangements for illegal de facto residents, the Minister and the Governor in Council are not taking any rights away from anyone. They are simply identifying a certain category of person whose admission may be facilitated without the necessity of considering whether there exist humanitarian and compassionate grounds. This in no way fetters the discretion of the immigration officers in respect of determining whether humanitarian and compassionate grounds exist in respect of those who do not specially qualify as illegal de facto residents.

I accept the distinction drawn by Strayer J. between considerations of public policy and humanitarian and compassionate concerns. In my opinion, he is correct in stating that concerns of public policy should not be modified or extended by immigration officers. As public policy is the province of those constitutionally entrusted with the power to set policy, allowing immigration officers to make exceptions to definitions adopted in the formulation of public policy would amount in effect to the immigration officer usurping the legislative role. Therefore, I would conclude that the respondent has not fettered

Dans la mesure où il s'agit d'un argument selon lequel les agents d'immigration devraient avoir le pouvoir discrétionnaire, pour des motifs d'intérêt public, de traiter ceux qui ne sont pas visés par la définition administrative de «résidents de fait en situation administrative irrégulière» comme s'ils l'étaient, je pense qu'il s'agit d'un argument inacceptable. À mon avis, il existe une différence fondamentale entre les raisons d'ordre humanitaire mentionnées au paragraphe 114(2) lorsque le juge en chef adjoint Jerome a jugé dans l'affaire *Yhap* qu'il ne pouvait pas y avoir de restrictions du pouvoir discrétionnaire des agents d'immigration, et les raisons d'intérêt public aussi mentionnées au paragraphe 114(2). Comme je l'ai déclaré plus tôt, la justification de l'affaire *Yhap* découle de la proposition selon laquelle les termes «raisons d'ordre humanitaire» ont un sens objectif que chaque agent d'immigration a le droit d'interpréter. Mais le terme «intérêt public» n'a pas de contenu objectif et il doit être défini par ceux qui ont l'autorité de définir l'intérêt public. Je ne peux pas accepter que chaque agent d'immigration ait le droit et l'obligation de définir sa propre notion de l'«intérêt public». Il s'agit sûrement là d'une question que le gouverneur en conseil doit trancher en faisant usage de son pouvoir prévu au paragraphe 114(2) et il est parfaitement légitime pour le ministre d'indiquer, par le biais de lignes directrices, ce qu'elle recommandera au gouverneur en conseil comme notion d'«intérêt public», on peut présumer, d'après ce que le gouverneur en conseil acceptera vraisemblablement. Les lignes directrices peuvent, par conséquent, prescrire des cas dans lesquels, pour des raisons d'ordre public, le gouverneur en conseil dispensera, par voie de règlement, une personne des autres règlements, ou facilitera autrement son admission.

En prenant des mesures particulières pour les résidents de fait en situation administrative irrégulière, le ministre et le gouverneur en conseil ne privent personne de ses droits. Ils mettent seulement en évidence une certaine catégorie de personnes dont l'admission pourrait être facilitée sans qu'il soit nécessaire de voir s'il existe suffisamment de considérations d'ordre humanitaire ou des motifs de commisération. Ceci ne réduit en aucun cas le pouvoir discrétionnaire des agents d'immigration de déterminer s'il existe des raisons d'ordre humanitaire s'appliquant à ceux qui n'entrent pas de façon particulière dans la définition des résidents de fait en situation administrative irrégulière.

Je retiens la distinction que le juge Strayer a faite entre les raisons d'intérêt public et les raisons d'ordre humanitaire. À mon avis, il est exact de dire que les raisons d'intérêt public ne devraient pas être modifiées ou élargies par les agents d'immigration. Étant donné que l'intérêt public relève des personnes qui possèdent le pouvoir constitutionnel d'élaborer la politique, permettre aux agents d'immigration d'établir des exceptions aux définitions adoptées dans l'énoncé des raisons d'intérêt public, c'est en fait leur permettre d'usurper le rôle législatif. Je conclurais donc que l'intimé n'a pas entravé le pouvoir discrétionnaire.

the discretion of immigration officers in the context of the public policy guidelines.

Fettering of Discretion: The Immigration Officer:

The applicant also submits that the immigration officer fettered her discretion by refusing to consider the applicant's claim under the illegal *de facto* resident policy on the ground that the applicant had been reviewed under that policy almost three years earlier, and therefore had previously come to the attention of the respondent. In my opinion, this position can be disposed of by referring to the conclusion in *Vidal (supra)*, that immigration officers do not have the discretion to ignore administrative definitions reached under public policy grounds. But even if I were to accept the position of the applicant that immigration officers do possess such discretion, I find it difficult to accept their characterization of the actions of the immigration officer Cathy Ralph. Her affidavit and the cross-examination thereof indicate that she did not mechanically refuse to consider the applicant. The cross-examination evidence reveals that she advised the applicant through her counsel of situations when a member of the refugee backlog could be considered under the illegal *de facto* resident policy, and that persons in the backlog normally would not be eligible. In my opinion, the immigration officer did not fetter her discretion, but rather considered that the applicant did not meet the requirements that would qualify her as a member of the backlog to be eligible as an illegal *de facto* resident.

Duty to Act Fairly and Reasonably:

The applicant submits that the immigration officer breached the duty of fairness in determining prior to the interview that the applicant would not be reviewed under the illegal *de facto* resident policy. It is also submitted that the immigration officer's inter-

tionnaire des agents d'immigration dans le contexte des lignes directrices relatives à l'intérêt public.

Entrave au pouvoir discrétionnaire: l'agent d'immigration:

La requérante soutient également que l'agent d'immigration a entravé son pouvoir discrétionnaire en refusant d'étudier sa demande en vertu de la politique concernant les résidents de fait en situation administrative irrégulière pour le motif qu'elle avait déjà été assujettie à un examen presque trois ans auparavant en vertu de cette politique et que son cas avait donc déjà retenu l'attention de l'intimé. À mon avis, il est possible de répondre à cet argument en citant la conclusion tirée dans l'arrêt *Vidal (supra)*, soit que les agents d'immigration ne peuvent pas omettre de tenir compte des définitions administratives établies en vertu des raisons d'intérêt public. Cependant, même si je retenais l'argument de la requérante, à savoir que les agents d'immigration possèdent ce pouvoir, il m'est difficile d'accepter la façon dont les actions de l'agente d'immigration Cathy Ralph ont été qualifiées. L'affidavit et le contre-interrogatoire de cette dernière montrent qu'elle n'a pas automatiquement refusé d'examiner le cas de la requérante. La preuve fournie pendant le contre-interrogatoire révèle que l'agente a informé la requérante, par l'entremise de son avocat, des circonstances dans lesquelles une personne dont le cas faisait partie de l'arriéré pourrait faire l'objet d'un examen en vertu de la politique concernant les résidents de fait en situation administrative irrégulière et lui a dit que pareille personne ne serait pas normalement admissible. À mon avis, l'agente d'immigration n'a pas entravé son pouvoir discrétionnaire, mais elle a plutôt considéré que la requérante ne satisfaisait pas aux conditions qui lui permettraient, à titre de personne dont le cas faisait partie de l'arriéré, d'être admissible à titre de résidente de fait en situation administrative irrégulière.

Obligation d'agir d'une manière équitable et raisonnable:

La requérante soutient que l'agente d'immigration a manqué à son obligation d'agir équitablement en concluant avant l'entrevue qu'elle ne serait pas assujettie à un examen en vertu de la politique concernant les résidents de fait en situation administrative irrégulière.

pretation of the illegal *de facto* residency policy was unreasonable, in that as all members of the backlog had previously come to the attention of the respondent and are therefore excluded from the policy, the policy is meaningless in the context of the backlog. The applicant also questions the reasonableness of the immigration officer's interpretation of the long-term commitment to Canada policy.

With respect to the duty of fairness, it was held in *Jimenez-Perez, supra*, that the respondent is required to act fairly in considering an application under subsection 114(2). The content of this duty of fairness, however, varies and its content must be decided in the specific context of each case: *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at page 682. In my opinion, the respondent fulfilled its duty to act fairly in the circumstances. While the immigration officer consulted the file prior to the hearing and noted that the applicant had previously been reviewed under the illegal *de facto* resident policy, it is also true that before the final decision was made, the immigration officer accepted and considered written submissions from the applicant's counsel with respect to both humanitarian and compassionate grounds and the illegal *de facto* residents policy. The requirements of procedural fairness may be satisfied by either an oral hearing or written submissions if the decision-maker does in substance "hear" the applicant: *Knight, supra*, at page 685. The immigration officer also considered oral submissions from the applicant and documentary evidence.

With respect to the issue of reasonableness, the reasonableness of the immigration officer's interpretation of the illegal *de facto* residency guidelines has been upheld in *Vidal, supra*. As for the interpretation of the long-term commitment to Canada policy, the policy provides that:

Officers may consider sympathetically the situation of long-term employment authorization holders in valid status who

lière. Il est également soutenu que l'interprétation que l'agente d'immigration a donnée à la politique concernant les résidents de fait en situation administrative irrégulière était déraisonnable, en ce sens que toutes les personnes dont le cas fait partie de l'arriéré ont déjà retenu l'attention de l'intimé et qu'elles sont donc exclues de la politique, qui n'a aucun sens dans le contexte de l'arriéré. La requérante conteste également le caractère raisonnable de l'interprétation que l'agente d'immigration a donnée à la politique d'engagement à long terme envers le Canada.

En ce qui concerne l'obligation d'agir équitablement, il a été jugé dans l'arrêt *Jimenez-Perez, supra*, que l'intimé est tenu d'agir d'une manière équitable lorsqu'il examine une demande fondée sur le paragraphe 114(2). Toutefois, le contenu de cette obligation varie et il doit être déterminé dans le contexte précis du cas à l'étude: *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653 à la page 682. À mon avis, l'intimé s'est acquitté de son obligation en l'espèce. L'agente d'immigration a consulté le dossier avant l'audience et a noté que la requérante avait déjà fait l'objet d'un examen en vertu de la politique concernant les résidents de fait en situation administrative irrégulière, mais il est également vrai qu'avant de prendre une décision définitive, l'agente a accepté et examiné les observations écrites présentées par l'avocat de la requérante au sujet des considérations d'ordre humanitaire et de la politique concernant les résidents de fait en situation administrative irrégulière. Les exigences d'équité en matière de procédure peuvent être satisfaites soit par une audience, soit par la présentation d'observations écrites, si le décideur «entend» fondamentalement le requérant: *Knight, supra*, à la page 685. L'agente d'immigration a également tenu compte des observations que la requérante avait faites oralement ainsi que de la preuve documentaire.

D'autre part, le caractère raisonnable de l'interprétation donnée par l'agent d'immigration à la politique concernant les résidents de fait en situation administrative irrégulière a été confirmé dans l'arrêt *Vidal, supra*. Quant à l'interprétation de la politique d'engagement à long terme envers le Canada, cette dernière prévoit que:

[TRADUCTION] Les agents peuvent tenir compte avec sympathie du cas des personnes ayant un permis de travail à long terme

request processing of their application for permanent resident status in Canada.

The immigration officer did not consider the applicant under this policy, as she did not have valid immigration status, on the grounds that she remained in Canada after her visa had expired, and had engaged in employment in Canada. The applicant submits that the words "valid status" in the policy should be read as modifying the expression "long-term employment authorization", and not as meaning valid immigration status. In my opinion, the applicant's interpretation is not in accordance with the normal meaning one would give to the word "valid status" in the context of an immigration policy, and therefore I prefer the interpretation of the respondent, and consider it reasonable.

DISPOSITION

In my opinion, the applicant has not established any grounds for an order in the nature of *certiorari*, and accordingly I will dismiss this application with costs.

dont le statut est valide qui demandent l'examen de leur demande de résidence permanente au Canada.

L'agente d'immigration n'a pas examiné le cas de la requérante en vertu de cette politique, étant donné que cette dernière n'avait pas le statut valide d'immigrante, puisqu'elle était demeurée au Canada après l'expiration de son visa et qu'elle avait occupé un emploi au Canada. La requérante soutient que l'expression «statut valide» figurant dans la politique devrait être interprétée comme se rapportant à l'expression «permis de travail à long terme» et non au statut valide d'immigrant. À mon avis, cette interprétation n'est pas conforme au sens qu'on donnerait normalement à l'expression «statut valide» dans le contexte d'une politique d'immigration; je préfère donc l'interprétation donnée par l'intimé, et je la considère comme raisonnable.

d DÉCISION

À mon avis, la requérante n'a pas établi l'existence de quelque motif permettant de rendre une ordonnance de la nature d'un *certiorari*, et je rejeterai donc la demande avec dépens.

A-438-89

A-438-89

Her Majesty the Queen (*Appellant*)**Sa Majesté la Reine** (*appelante*)

v.

c.

Canadian Marconi Company (*Respondent*)**Canadian Marconi Company** (*intimée*)*INDEXED AS: CANADIAN MARCONI Co. v. CANADA (C.A.)**RÉPERTOIRE: CANADIAN MARCONI Co. c. CANADA (C.A.)*Court of Appeal, Mahoney, Stone and Desjardins
J.J.A.—Ottawa, October 30 and November 14, 1991.Cour d'appel, juges Mahoney, Stone et Desjardins,
J.C.A.—Ottawa, 30 octobre et 14 novembre 1991.

Income tax — Reassessment — Appeal from trial judgment declaring M.N.R. not statute barred from reassessing respondent for 1977 to 1981 taxation years notwithstanding limitation and waiver provisions of Income Tax Act, s. 152(4) — Under s. 152(4)(c) M.N.R. may reassess within 4 years from day referred to in s. 152(4)(a)(ii) — S. 152(4)(a)(ii) requiring filing of waiver within 4 years from day of mailing notice of assessment — Dispute as to characterization of investment income for 1973 to 1976 not resolved until S.C.C. rendering decision November 6, 1986 — As waivers not filed, dates of assessment commencement of four-year period to reassess — Notices of objection not filed — Respondent requesting reassessment for 1977 to 1981 in accord with S.C.C. judgment — Appeal allowed — Absent waiver as provided by s. 152(4)(a)(ii), allegation of misrepresentation or fraud implicit in out-of-time reassessment — Although definition of “assessment” including reassessment, cannot render “assessment” and “reassessment” interchangeable in provision clearly distinguishing between them and providing differently in respect of them — Under s. 152(4) Minister may assess at any time, but having assessed, can only reassess within prescribed times of having notified taxpayer of assessment.

Impôt sur le revenu — Nouvelle cotisation — Appel d'une décision de la Section de première instance portant que le M.R.N. n'est pas empêché par la loi d'établir une nouvelle cotisation de l'impôt à l'égard de l'intimée pour les années d'imposition 1977 à 1981 en dépit des dispositions relatives au délai et à la renonciation de l'art. 152(4) de la Loi de l'impôt sur le revenu — Selon l'art. 152(4)c, le M.R.N. peut établir une nouvelle cotisation dans les quatre années qui suivent le jour visé à l'art. 152(4)a(ii) — L'art. 152(4)a(ii) exige le dépôt d'une renonciation dans un délai de quatre ans à compter du jour de l'expédition par la poste d'un avis de première cotisation — Le litige portant sur le traitement fiscal d'un revenu de placement pour les années d'imposition 1973 à 1976 a été tranché seulement le 6 novembre 1986 par la Cour suprême du Canada — En l'absence de renonciation, le délai de quatre ans commence à courir aux dates auxquelles la cotisation a été établie — Aucun avis d'opposition n'a été produit — L'intimée demande l'établissement d'une nouvelle cotisation pour les années 1977 à 1981 conformément au jugement rendu par la Cour suprême du Canada — Appel accueilli — En l'absence d'une renonciation prévue à l'art. 152(4)a(ii), une nouvelle cotisation hors délai comprend implicitement une allégation de présentation erronée des faits — Bien que la définition du mot «cotisation» vise une nouvelle cotisation, elle ne saurait être invoquée pour rendre les mots «cotisation» et «nouvelle cotisation» parfaitement synonymes dans une disposition établissant clairement une distinction entre l'une et l'autre et assujettissant chacun à un régime différent — En application de l'art. 152(4), le ministre peut établir une cotisation à une date quelconque, mais une fois cette cotisation établie, il peut seulement en établir une nouvelle dans les délais prescrits après avoir avisé le contribuable de la cotisation.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 52(b)(iii).
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, 125.1(1), ss. 152(4) (as am. by S.C. 1984, c. 1, s. 84; c. 1, s. 59), (6) (as am. by S.C. 1984, c. 1, s. 84), (8), 248.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 125.1(1), 152(4) (mod. par S.C. 1984, chap. 1, art. 84; chap. 45, art. 59), (6) (mod. par S.C. 1984, chap. 1, art. 84), (8), 248.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 52b)(iii).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Minister of National Revenue v. Taylor, Maurice, [1961] Ex.C.R. 318; [1961] C.T.C. 211; 61 DTC 1139; *Sussex Peerage Case*, [1844] 11 Cl. and Fin. 85; (1844), 8 E.R. 1034 (H.L.). ^a

DISTINGUISHED:

Davis (WW) v The Queen, [1984] CTC 564; (1984), 84 DTC 6518 (F.C.T.D.); *Smerchanski v. Minister of National Revenue*, [1974] 1 F.C. 554; (1974), 45 D.L.R. (3d) 254; [1974] CTC 241; 74 DTC 6197; 2 N.R. 197 (C.A.); *Smerchanski v. Minister of National Revenue*, [1977] 2 S.C.R. 23; [1976] CTC 488; (1976), C.R.N.S. 228; 76 DTC 6247; 9 N.R. 459. ^b

REVERSED:

Canadian Marconi Co. v. Canada, [1990] 1 F.C. 141; [1989] 2 C.T.C. 128; (1989), 89 DTC 5370 (T.D.). ^c

REFERRED TO:

Canadian Marconi v. R., [1986] 2 S.C.R. 522; (1986), 33 D.L.R. (4th) 481; [1986] 2 C.T.C. 465; 86 DTC 6526; 70 N.R. 174. ^d

COUNSEL:

Ian S. MacGregor and Josée Tremblay for appellant. ^e
Wilfrid Lefebvre, Q.C. and Patrice Marceau for respondent.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Ogilvy Renault, Montréal, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by ^g

MAHONEY J.A.: This is an appeal from a reported decision of the Trial Division¹ which granted the respondent a declaration that the Minister of National Revenue is not statute barred from reassessing the respondent for the taxation years 1977-1981, notwithstanding the limitation and waiver provisions of subsection 152(4) of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63 (as am. by S.C. 1984, c. 1, s. 84)]. The subsection, at the relevant times, read as follows: ^h

¹ [1990] 1 F.C. 141 (T.D.).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Minister of National Revenue v. Taylor, Maurice, [1961] R.C.É. 318; [1961] C.T.C. 211; 61 DTC 1139; *Sussex Peerage Case*, [1844] 11 Cl. and Fin. 85; (1844), 8 E.R. 1034 (H.L.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Davis (WW) c La Reine, [1984] CTC 564; (1984), 84 DTC 6518 (C.F. 1^{re} inst.); *Smerchanski c. Ministre du Revenu national*, [1974] 1 C.F. 554; (1974), 45 D.L.R. (3d) 254; [1974] CTC 241; 74 DTC 6197; 2 N.R. 197 (C.A.); *Smerchanski c. Ministre du Revenu national*, [1977] 2 R.C.S. 23; [1976] CTC 488; (1976), C.R.N.S. 228; 76 DTC 6247; 9 N.R. 459.

DÉCISION INFIRMÉE:

Canadian Marconi Co. c. Canada, [1990] 1 C.F. 141; [1989] 2 C.T.C. 128; (1989), 89 DTC 5370 (1^{re} inst.).

DÉCISION CITÉE:

Canadian Marconi c. R., [1986] 2 R.C.S. 522; (1986), 33 D.L.R. (4th) 481; [1986] 2 C.T.C. 465; 86 DTC 6526; 70 N.R. 174.

AVOCATS:

Ian S. MacGregor et Josée Tremblay pour l'appelante.
Wilfrid Lefebvre, c.r. et Patrice Marceau pour l'intimée.

f PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante.
Ogilvy Renault, Montréal, pour l'intimée.

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

LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: Appel est interjeté d'une décision publiée de la Section de première instance¹ qui a rendu un jugement déclaratoire en faveur de l'intimée portant que le ministre du Revenu national n'est pas empêché par la Loi d'établir une nouvelle cotisation de l'impôt de l'intimée à l'égard des années d'imposition 1977 à 1981, nonobstant les dispositions relatives au délai et à la renonciation du paragraphe 152(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, chap. 63 (mod. par S.C. 1984, chap. 1, art. 84)]. Aux époques pertinentes, ce paragraphe disposait: ^j

¹ [1990] 1 C.F. 141 (1^{re} inst.).

152. ...

(4) The Minister may at any time assess tax, interest or penalties under this Part or notify in writing any person by whom a return of income for a taxation year has been filed that no tax is payable for the taxation year, and may

(a) at any time, if the taxpayer or person filing the return

(i) has made any misrepresentation that is attributable to neglect, carelessness or wilful default or has committed any fraud in filing the return or in supplying any information under this Act, or

(ii) has filed with the Minister a waiver in prescribed form within 4 years from the day of mailing of a notice of an original assessment or of a notification that no tax is payable for a taxation year, and

(b) within 7 years from the day referred to in subparagraph (a)(ii), if

(i) an assessment or reassessment of the tax of the taxpayer was required pursuant to subsection (6) or would have been required if the taxpayer had claimed an amount by filing the prescribed form referred to in that subsection on or before the day referred to therein, or

(ii) there is reason, as the consequence of the assessment or reassessment of another taxpayer's tax pursuant to this paragraph or subsection (6), to assess or reassess the taxpayer's tax for any relevant taxation year, and

(c) within 4 years from the day referred to in subparagraph (a)(ii), in any other case,

reassess or make additional assessments, or assess tax, interest or penalties under this Part as the circumstances require, except that a reassessment, an additional assessment or assessment may be made under paragraph (b) after 4 years from the day referred to in subparagraph (a)(ii) only to the extent that it may be reasonably regarded as relating to the assessment or reassessment referred to in that paragraph.

The seven and four-year limitation periods have since been reduced to six and three² but subsection 152(4) remains otherwise the same. Subparagraph (a)(i) and paragraph (b) are not immediately in play although they must, of course, be considered in the context of the legislative scheme. There is no question of misrepresentation or fraud. The extra three years allowed by paragraph (b) enables the otherwise statute-barred assessment or reassessment of a return only when an

² S.C. 1984, c. 45, s. 59(1).

152. ...

(4) Le Ministre peut, à une date quelconque, fixer des impôts, intérêts ou pénalités en vertu de la présente Partie, ou donner avis par écrit, à toute personne qui a produit une déclaration de revenu pour une année d'imposition, qu'aucun impôt n'est payable pour l'année d'imposition, et peut,

a) à une date quelconque, si le contribuable ou la personne produisant la déclaration

(i) a fait une présentation erronée des faits, par négligence, inattention ou omission volontaire, ou a commis quelque fraude en produisant la déclaration ou fournissant quelque renseignement sous le régime de la présente loi, ou

(ii) a adressé au Ministre une renonciation, en la forme prescrite, dans un délai de 4 ans à compter du jour de l'expédition par la poste d'un avis de première cotisation ou d'une notification portant qu'aucun impôt n'est payable pour une année d'imposition,

b) dans un délai de 7 ans à compter du jour visé au sous-alinéa a)(ii), lorsque

(i) une cotisation ou une nouvelle cotisation de l'impôt du contribuable a été exigée conformément au paragraphe (6), ou l'aurait été, en application de ce paragraphe, si ce n'avait été de la production par le contribuable de la formule prescrite visée à ce paragraphe au plus tard à la date qui y est mentionnée, ou

(ii) il y a lieu, à la suite de l'établissement de la cotisation ou d'une nouvelle cotisation de l'impôt d'un autre contribuable, conformément au présent alinéa, ou au paragraphe (6), d'établir une cotisation ou une nouvelle cotisation de l'impôt du contribuable pour toute année d'imposition pertinente, et

c) dans un délai de 4 ans à compter du jour visé au sous-alinéa a)(ii), dans tous les autres cas,

procéder à de nouvelles cotisations ou en établir de supplémentaires, ou fixer des impôts, intérêts ou pénalités en vertu de la présente Partie, selon que les circonstances l'exigent, sauf qu'une nouvelle cotisation, une cotisation supplémentaire ou une cotisation peuvent être établies en vertu de l'alinéa b) plus de 4 ans après la date visée au sous-alinéa a)(ii) seulement si cette mesure peut être raisonnablement considérée comme se rapportant à la cotisation ou à la nouvelle cotisation visée à cet alinéa.

Depuis lors, les délais de sept et de quatre ans ont été réduits à six et trois ans², mais le paragraphe 152(4) n'a pas été modifié par ailleurs. Le sous-alinéa a)(i) et l'alinéa b) ne sont pas directement en cause, bien qu'ils doivent, bien entendu, être examinés dans le contexte de l'économie de la Loi. Il n'est pas question de présentation erronée des faits ou de fraude. La prorogation de trois ans autorisée par l'alinéa b) permet la cotisation ou la nouvelle cotisation qui serait

² S.C. 1984, chap. 45, art. 59(1).

entitlement to a deduction arises in one of the circumstances enumerated in subsection 152(6) [as am. by S.C. 1984, c. 1, s. 84], e.g., an increase in or the fixing of a loss that may be carried back to the taxation year of the return to be assessed or reassessed.

The action proceeded entirely on agreed facts. The original dispute between the Minister and respondent concerned the characterization of interest on short-term securities. The Minister characterized it as income from property and excluded it from the computation of the respondent's Canadian manufacturing and processing profits under subsection 125.1(1) of the Act. The respondent contended that it was income from an active business and, therefore, to be taken into account in that computation. As to its taxation years 1973 to 1976 inclusive, the respondent objected to the Minister's reassessments. It was ultimately successful in an appeal to the Supreme Court of Canada,³ which rendered its decision November 6, 1986.

For the taxation years in issue in this appeal, 1977 to 1981 inclusive, the respondent continued to earn interest on short-term investments, to include it in its computation of Canadian manufacturing and processing profits and to file its income tax returns accordingly. Those returns were, respectively, first assessed January 29, 1980; September 25, 1979; January 24, 1980; December 11, 1980; and March 18, 1982. As to the taxation years in issue, those are, respectively "the day referred to in subparagraph (a)(ii)" from which the four-year limitation period of paragraph 152(4)(c) ran. While the appeal against the 1973 to 1976 reassessments was before the courts, by notices of reassessment dated July 4, 1983, the Minister reassessed the respondent's 1977 to 1981 returns, excluding the investment income from the computation of Canadian manufacturing and processing profits. The respondent did not file notices of objection nor did it file waivers within the four-year limitation period. That period expired in respect of all taxation years in issue before the Supreme Court rendered its judgment.

³ [1986] 2 S.C.R. 522.

autrement empêchée par la Loi seulement lorsque le contribuable obtient le droit à une déduction dans l'un des cas énumérés au paragraphe 152(6) [mod. par S.C. 1984, chap. 1, art. 84], à savoir l'accroissement ou l'établissement d'une perte qui peut être reportée rétrospectivement sur l'année d'imposition visée par la cotisation ou par la nouvelle cotisation.

L'action a été entièrement instruite à partir d'un exposé conjoint des faits. Le premier litige entre le ministre et l'intimée portait sur le traitement fiscal des intérêts réalisés sur des valeurs à court terme. Le ministre a jugé qu'il s'agissait de revenus tirés de biens et a exclu ces sommes du calcul des bénéfices de fabrication et de transformation au Canada réalisés par l'intimée, en vertu du paragraphe 125.1(1) de la Loi. L'intimée avait soutenu qu'il s'agissait d'un revenu tiré d'une entreprise exploitée activement, et qu'il fallait donc en tenir compte dans ce calcul. Pour ce qui était de ses années d'imposition 1973 à 1976, inclusivement, l'intimée s'était opposée aux nouvelles cotisations établies par le ministre. Elle a finalement eu gain de cause dans un pourvoi devant la Cour suprême du Canada³, qui a rendu son jugement le 6 novembre 1986.

Pendant les années d'imposition en cause en l'espèce, c'est-à-dire de 1977 à 1981, inclusivement, l'intimée a continué à toucher des intérêts sur des placements à court terme, pour les inclure dans son calcul des bénéfices de fabrication et de transformation au Canada, et à produire ses déclarations de revenus en conséquence. Une première cotisation a été établie à l'égard de chacune de ces années le 29 janvier 1980, le 25 septembre 1979, le 24 janvier 1980, le 11 décembre 1980 et le 18 mars 1982, respectivement. En ce qui a trait aux années d'imposition en cause, chacune de ces dates représente, respectivement, le «jour visé au sous-alinéa a)(ii)» à partir duquel le délai de quatre ans prévu à l'alinéa 152(4)c) commençait à courir. Pendant que les tribunaux étaient saisis de l'appel des nouvelles cotisations établies à l'égard des années 1973 à 1976, le ministre a établi, par des avis à cet effet en date du 4 juillet 1983, des nouvelles cotisations à l'égard des années d'imposition 1977 à 1981 de l'intimée, par lesquelles il excluait les revenus de placement du calcul des bénéfices de fabrication et de transformation

³ [1986] 2 R.C.S. 522.

The respondent has asked the Minister to reassess it for 1977 to 1981 in accord with the Supreme Court's judgment. The Minister says he is powerless to do so. There is no question of compelling him to do so.

The conclusions of the learned Trial Judge begin at page 159 of the reported decision. He concluded, first, that the statute is ambiguous and then stated the alternative interpretations open in the following terms [at page 160]:

1. In resolving the ambiguity in the text of subsection 152(4), should one read into it the intention of Parliament to write *finis* to the whole assessment scheme if the limitation periods mentioned therein are not respected? If so, that would be the end of the matter.

2. On the other hand, if it should be found that the limitations imposed are for the benefit of the taxpayer, it would continue to be the Minister's prerogative to assess at any time, leaving it to the taxpayer to avail himself of his defences if he so wishes.

It is to be noted that the issue was not stated by the learned Trial Judge, nor was it put to us, on the basis that the limitation period may be waived by the taxpayer in advance of the Minister reassessing, otherwise than in the time and manner prescribed by subparagraph 152(4)(a)(ii).

The argument is that, notwithstanding the limitation period, the Minister may at any time reassess any taxpayer in respect of any taxation year; the taxpayer may then elect to waive the limitation period by not raising it in defence. That is the way waiver comes into the process and, if the Minister had the power to reassess, there could, in my view, be no reason at all why a taxpayer ought not, by foregoing a private right to object to a reassessment, waive the limitation period.⁴ Since the Minister may reassess any tax return at any time, the corollary to the argument is that, at the whim of the Minister, every taxpayer is

⁴ *Smerchanski v. Minister of National Revenue*, [1974] 1 F.C. 554 (C.A.); [1977] 2 S.C.R. 23. This case, relied on by the learned Trial Judge, was concerned with the waiver of a

au Canada. L'intimée n'a pas produit d'avis d'opposition ni de renonciation dans le délai de quatre ans. Ce délai expira à l'égard de toutes les années d'imposition en cause avant que la Cour suprême ne rende son jugement.

L'intimée a demandé au ministre d'établir une nouvelle cotisation à son égard pour les années 1977 à 1981, en accord avec le jugement de la Cour suprême. Le ministre affirme qu'il n'a pas le pouvoir de le faire. Il n'est pas question de l'y contraindre.

Les conclusions du juge de première instance sont exposées à partir de la page 159 de la décision publiée. Dans un premier temps, il a conclu que la loi était ambiguë, puis il a énoncé les deux interprétations possibles en ces termes [à la page 160]:

1. Pour lever l'ambiguïté de la formulation du paragraphe 152(4), faut-il voir dans cette disposition l'intention du législateur de mettre un point final à tout le mécanisme de l'établissement d'une cotisation si les délais qui y sont prévus ne sont pas respectés? Dans l'affirmative, la question serait tranchée.

2. Par contre, s'il s'avère que les délais prévus existent pour le bénéfice du contribuable, le pouvoir du ministre d'établir des cotisations à une date quelconque serait toujours en vigueur, et il serait loisible au contribuable d'invoquer les moyens de défense que lui accorde la Loi, s'il le désire.

Il convient de signaler que le juge de première instance ne s'est pas demandé si le contribuable pouvait renoncer au délai avant que le ministre n'établisse sa nouvelle cotisation, autrement que dans le délai et de la manière prescrits au sous-alinéa 152(4)(a)(ii), et cette question n'a pas été soulevée devant nous.

L'argument veut que, malgré le délai, le ministre peut, à une date quelconque, établir une nouvelle cotisation à l'égard de tout contribuable et à l'égard de toute année d'imposition. Le contribuable peut ensuite choisir de renoncer au délai en ne l'invoquant pas en défense. Voilà comment la renonciation s'inscrit dans le processus et, si le ministre avait le pouvoir d'établir une nouvelle cotisation, il n'y aurait aucune raison, à mon avis, qui empêcherait un contribuable de renoncer au délai en s'abstenant d'exercer un droit personnel de s'opposer à une nouvelle cotisation⁴. Puisque le ministre peut établir une nouvelle

⁴ *Smerchanski c. Ministre du Revenu national*, [1974] 1 C.F. 554 (C.A.); [1977] 2 R.C.S. 23. Cet arrêt, sur lequel s'est appuyé le juge de première instance, portait sur la renonciation

liable to be called upon in a timely fashion, first by notice of objection and, if the Minister does not relent, by institution of an appeal in the Tax Court, to assert the benefit of the limitation period and be prepared to litigate to whatever level of appeal the Minister may, by leave or as of right, elect to pursue the reassessment.

The respondent argues that the decision of Reed J., in *Davis (WW) v The Queen*,⁵ is authority for that proposition. There, it was said:

The Minister is not required to prove misrepresentation before he sends out a notice of reassessment which is dated beyond the 4 year time period provided for in the statute. Misrepresentation must be proved only if the matter goes to trial. When a taxpayer receives a notice of reassessment he has two choices; he can pay it or he can object. If he agrees with the reassessment he will normally take no further steps and pay the amount claimed; if he disagrees with it he will object and take the matter to trial; at which point in a case such as the present the Minister has the onus of proving misrepresentation.

It appears that, in that case, the Minister had alleged misrepresentation in reassessing beyond the four-year period. In that circumstance, the statement of the law is unexceptionable, subject to the Minister not changing his mind before the matter gets to trial. Clearly, a reassessment based on a misrepresentation as contemplated by subparagraph 152(4)(a)(i) may be made beyond the four-year period and, equally clearly, the proof of the allegation is to be made at trial.

(Continued from previous page)

right to appeal a reassessment exacted as one of the conditions under which the Minister had agreed not to prosecute the taxpayer for tax evasion. An admission of fraud or, at least, misrepresentation within the contemplation of subparagraph 152(4)(a)(i) was implicit in the taxpayer's agreement and, it follows, no limitation period was in play.

⁵ [1984] CTC 564 (F.C.T.D.), at p. 565.

cotisation à l'égard de n'importe quelle année d'imposition à une date quelconque, il s'ensuit que tout contribuable, au gré du ministre, risque d'avoir à invoquer, dans les délais, d'abord par avis d'opposition, puis, si le ministre ne revient pas sur sa décision, en interjetant appel à la Cour de l'impôt pour invoquer le bénéfice du délai, et doit être prêt à contester l'affaire jusqu'à la dernière instance d'appel devant laquelle le ministre pourra choisir de faire valoir la nouvelle cotisation, avec permission ou de plein droit.

L'intimée invoque la décision du juge Reed dans l'affaire *Davis (WW) c. La Reine*⁵, au soutien de cette proposition. Dans ce jugement, le juge s'était exprimé en ces termes:

Le ministre n'est pas tenu de prouver les fausses déclarations avant d'envoyer un avis de nouvelle cotisation établi après l'expiration du délai de quatre ans prévu par la loi. Les fausses déclarations n'ont à être prouvées que si l'affaire est instruite. Le contribuable qui reçoit un avis de nouvelle cotisation a deux choix: il peut acquiescer cette dernière ou la contester. S'il est d'accord avec la nouvelle cotisation, il ne prendra normalement pas d'autre mesure et acquittera la somme demandée; s'il est en désaccord avec la nouvelle cotisation, il s'y opposera et portera l'affaire devant les tribunaux; dans un cas comme celui qui nous occupe, c'est alors que le ministre a le fardeau de prouver les fausses déclarations.

Apparemment, dans cette affaire, le ministre avait allégué les fausses représentations du fait qu'il avait établi une nouvelle cotisation après l'expiration du délai de quatre ans. Dans ce cas, l'énoncé de la règle de droit est inattaquable, pourvu que le ministre ne change pas d'idée avant que l'affaire ne soit instruite. Manifestement, une nouvelle cotisation fondée sur une présentation erronée des faits visée par le sous-alinéa 152(4)a)(i) peut être établie après l'expiration du délai de quatre ans, et il est tout aussi manifeste que l'allégation doit être prouvée à l'instruction.

(Suite de la page précédente)

à un droit d'appel d'une nouvelle cotisation imposée comme l'une des conditions auxquelles le ministre avait accepté de ne pas poursuivre le contribuable pour évasion fiscale. En donnant son accord, le contribuable se trouvait à reconnaître implicitement qu'il avait commis une fraude ou, du moins, qu'il avait fait une présentation erronée des faits, au sens du sous-alinéa 152(4)a)(i), si bien qu'aucun délai ne s'appliquait en l'espèce.

⁵ [1984] CTC 564 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 565.

The seminal decision is that of Cameron J., in *Minister of National Revenue v. Taylor, Maurice*,⁶ where it was said:

... in every appeal, whether to the Tax Appeal Board or to this Court, regarding a re-assessment made after the statutory period of limitation has expired and which is based on fraud or misrepresentation, the burden of proof lies on the Minister to first establish to the satisfaction of the Court that the taxpayer ... has "made any misrepresentation or committed any fraud ..." unless the taxpayer in the pleadings ... or at the hearing of the appeal has admitted such misrepresentation or fraud. In re-assessing after the lapse of the statutory period for so doing, the Minister must be taken to have alleged misrepresentation or fraud and, if so, he must prove it. [Emphasis added.]

Absent a waiver as provided by subparagraph 152(4)(a)(ii), an allegation of misrepresentation or fraud is implicit in an out-of-time reassessment.

Where the Minister alleges, expressly or implicitly, misrepresentation or fraud, there is nothing offensive in putting a taxpayer on notice that he must object to an out-of-time reassessment. It is, with respect, quite otherwise absent an allegation of fraud or misrepresentation. An obvious policy consideration nourishes the distinction in treatment.

The learned Trial Judge found, in subsection 152(8), a Parliamentary intention that an out-of-time reassessment be voidable rather than void.

152. ...

(8) An assessment shall, subject to being varied or vacated on an objection or appeal under this Part and subject to a reassessment, be deemed to be valid and binding notwithstanding any error, defect or omission therein or in any proceeding under this Act relating thereto.

He said [at pages 163-164]:

[Subsection 152(4)] must be read in the light of its opening words, namely that the "Minister may at any time assess tax" and in the light of the deemed validity of any assessment under subsection 152(8) ...

⁶ [1961] Ex.C.R. 318, at p. 320.

La décision qui fait jurisprudence en la matière est celle du juge Cameron dans l'affaire *Minister of National Revenue v. Taylor, Maurice*⁶, qui a affirmé ce qui suit:

^a [TRADUCTION] ... dans tout appel à la Commission d'appel de l'impôt ou à cette Cour relatif à une nouvelle cotisation établie après l'expiration du délai prévu dans la loi et fondée sur la fraude ou une présentation erronée des faits, il incombe au ministre de convaincre d'abord la Cour que le contribuable ... a «fait une présentation erronée des faits ou a commis quelque fraude ...» à moins que le contribuable, dans ses plaidoiries ... ou à l'audience, n'ait avoué avoir agi de la sorte. Du fait qu'il établit une nouvelle cotisation après l'expiration du délai prévu dans la loi, il faut tenir pour acquis que le ministre allègue quelque présentation erronée des faits ou quelque fraude, si bien qu'il est tenu de la prouver. [C'est moi qui souligne.]

En l'absence d'une renonciation prévue au sous-alinéa 152(4)a(ii), une nouvelle cotisation hors délai ^d comprend implicitement une allégation de présentation erronée des faits.

Lorsque le ministre allègue, expressément ou implicitement, une présentation erronée des faits ou de la fraude, le fait d'obliger un contribuable à s'opposer à une nouvelle cotisation hors délai n'a rien d'odieux. En toute déférence, il en va tout autrement lorsqu'il n'y a pas eu d'allégation de fraude ou de présentation erronée des faits. Cette distinction de traitement est fondée sur des principes évidents relatifs à la politique.

S'appuyant sur le paragraphe 152(8), le juge de première instance a conclu que le législateur avait voulu qu'une nouvelle cotisation hors délai soit annulable plutôt que nulle.

152. ...

^h (8) Sous réserve de modifications qui peuvent y être apportées ou d'annulation qui peut être prononcée lors d'une opposition ou d'un appel fait en vertu de la présente Partie et sous réserve d'une nouvelle cotisation, une cotisation est réputée être valide et exécutoire nonobstant toute erreur, vice de forme ou omission dans cette cotisation ou dans toute procédure s'y rattachant en vertu de la présente loi.

Le juge s'est exprimé ainsi [à la page 164]:

[Le paragraphe 152(4)] doit être interprété à la lumière de ses premiers mots, «le Ministre peut, à une date quelconque, fixer des impôts», et à la lumière de la présomption de validité de toute cotisation en vertu du paragraphe 152(8) ...

⁶ [1961] R.C.É. 318, à la p. 320.

It is true that subsection 248(1) of the Act provides:

248. (1) . . .

“assessment” includes a reassessment.

That definitional section cannot, in my view, prevail to render the terms assessment and reassessment entirely interchangeable in a provision that clearly distinguishes between them and expressly provides differently in respect of them. In my opinion, subsection 152(4) is such a provision. The Minister may assess at any time but, having assessed, the Minister can only reassess within the prescribed times of having notified the taxpayer of the assessment.⁷

This is a hard case from the respondent's point of view but, in my respectful opinion, this appeal is concerned with a rather straightforward question of statutory interpretation. One need go no further into the authorities than the *Sussex Peerage Case*,⁸

If the words of the statute are in themselves precise and unambiguous, then no more can be necessary than to expound those words in their natural and ordinary sense.

In my opinion, there is no ambiguity in subsection 152(4) as it bears on the question here. It seems to me that subsection 152(4) is clear and I have been pointed to nothing in its immediate context or in other provisions of the Act that would suggest it should be interpreted otherwise than in its plain meaning.

I would allow the appeal with costs and, pursuant to subparagraph 52(b)(iii) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7], declare that on the facts as agreed the Minister of National Revenue had no power to reassess the respondent's income tax returns for its taxation years 1977 to 1981 inclusive on or after November 6, 1986.

STONE J.A.: I agree.

DESJARDINS J.A.: I agree.

⁷ Likewise, notwithstanding the opening words of the subsection, if he does not assess but notifies the taxpayer that no tax is payable, he cannot assess at any time; he must assess within the prescribed time.

⁸ [1844] 11 Cl. and Fin. 85, at p. 143; (1844), 8 E.R. 1034 (H.L.), at p. 1057.

Il est vrai que le paragraphe 248(1) de la Loi dispose:

248. (1) . . .

«cotisation» comprend une nouvelle cotisation.

À mon avis, cette disposition interprétative ne saurait prévaloir de manière à rendre les mots «cotisation» et «nouvelle cotisation» parfaitement synonymes dans une disposition qui établit clairement une distinction entre l'une et l'autre et dont les termes exprès assujettissent chacun à un régime différent, comme le fait, à mon sens, le paragraphe 152(4). Le ministre peut établir une cotisation à une date quelconque. Cependant, une fois cette cotisation établie, il peut seulement en établir une nouvelle dans les délais prescrits après avoir avisé le contribuable de la cotisation.⁷

La présente affaire est difficile du point de vue de l'intimée. Cependant, j'estime que le présent appel porte sur une question plutôt simple d'interprétation législative. Il suffit de s'en rapporter au principe jurisprudentiel énoncé dans l'arrêt *Sussex Peerage Case*,⁸

[TRADUCTION] Si le libellé de la loi est précis et sans ambiguïté, il suffit d'accorder aux mots leur sens propre ordinaire.

À mon avis, le paragraphe 152(4), en ce qui concerne la question qui se pose en l'espèce, ne présente aucune ambiguïté. Il me semble que le paragraphe 152(4) est clair et on ne m'a rien signalé dans son contexte immédiat ou dans d'autres dispositions de la Loi qui m'inciterait à l'interpréter autrement que dans son sens manifeste.

J'accueillerais l'appel avec dépens et, conformément au sous-alinéa 52b)(iii) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7], je déclarerais qu'eu égard aux faits admis de part et d'autre, le ministre du Revenu national n'avait aucun pouvoir d'établir des nouvelles cotisations à l'égard de l'intimée pour ses années d'imposition 1977 à 1981, inclusivement, à compter du 6 novembre 1986.

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

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

⁷ De la même manière, malgré les mots introductifs du paragraphe, s'il n'établit aucune cotisation mais qu'il avise le contribuable qu'aucun impôt n'est payable, il ne peut établir de cotisation à une date quelconque: il doit l'établir dans le délai prescrit.

⁸ [1844] 11 Cl. and Fin. 85, à la p. 143; (1844), 8 E.R. 1034 (H.L.), à la p. 1057.

IBM Canada Limited (Appellant)

v.

The Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise (Respondent)

and

Mitel Corporation (Intervenant)

INDEXED AS: IBM CANADA LTD. v. DEPUTY M.N.R., CUSTOMS AND EXCISE (C.A.)

Court of Appeal, Heald, Décary and Linden J.J.A.—Ottawa, September 26 and November 4, 1991.

Customs and Excise — Customs Tariff — Appeal from Tariff Board decision classifying Computerized Branch Exchanges as “electric telephone apparatus” — Decision issued by two members instead of three — Dissent issued by third member week later — Whether quorum — Meaning and requirements of quorum under Tariff Board Act explained — Explanation of dissenting member inadmissible evidence — Non-participation of latter in decision not established — Goods wrongly classified as “electric” — “Electronic” and “electric” goods distinguished by Tariff, case law and dictionary definitions.

Construction of statutes — Computerized Branch Exchanges classified as “electric telephone apparatus” under tariff item 44508-1 — Board introducing extraneous elements into ordinary meaning of “telephone apparatus” — “Apparatus” and “system” distinguished — Board ignoring case law and dictionary definitions of “telephone” — “Electronic” goods and “electric” goods distinguished by Tariff, case law and dictionary definitions — Subject goods not falling within exclusion clause of tariff item 41417-1 — Court not bound by opinion of specialized tribunal.

Judicial review — Appeal from classification of goods by Tariff Board — Board decision, signed by two members, rendered — Dissenting opinion of third member subsequently made available — Whether Board having jurisdiction to make decisions where one panel member not participating — Quorum defined — Necessity for decision-making authority to strictly comply with quorum requirements — All who participate in decision to act together up to last moment when decision made — Requirement is question of principle, public policy, sound administration of justice — “Acting together” not to be defined — Necessity for meeting of minds — Non-signature may not mean non-participation — Legislative history of Tariff

A-984-88

IBM Canada Limited (appellante)

c.

Sous-ministre du Revenu national—Douanes et Accise (intimé)

et

Mitel Corporation (intervenante)

RÉPERTORIÉ: IBM CANADA LTD. c. SOUS-MINISTRE M.R.N., DOUANES ET ACCISE (C.A.)

Cour d'appel, juges Heald, Décary et Linden, J.C.A.—Ottawa, 26 septembre et 4 novembre 1991.

Douanes et accise — Tarif des douanes — Appel d'une décision de la Commission du tarif classant des centraux téléphoniques secondaires informatisés en tant qu'«appareils électriques de téléphone» — La décision a été rendue par deux membres seulement — Le troisième membre a exprimé sa dissidence une semaine plus tard — Quorum ou absence de quorum — Explication du sens et des exigences du quorum en vertu de la Loi sur la Commission du tarif — L'explication du membre dissident n'est pas une preuve admissible — La non-participation de ce membre à la décision n'a pas été établie — Les produits ont été classés à tort comme des «appareils électriques» — Le Tarif, la jurisprudence et les dictionnaires font une distinction entre les produits «électroniques» et «électriques».

Interprétation des lois — Des centraux téléphoniques secondaires informatisés ont été classés sous le numéro tarifaire 44508-1 en tant qu'«appareils électriques de téléphone» — La Commission a introduit des éléments étrangers dans le sens habituel des mots «appareils de téléphone» — Les mots «appareils» et «systèmes» ont tous deux un sens distinct — La Commission n'a pas tenu compte de la jurisprudence et des définitions que donnent les dictionnaires du mot «téléphone» — Le Tarif, la jurisprudence et les dictionnaires font une distinction entre les produits «électroniques» et les produits «électriques» — Les produits en question ne tombent pas sous le coup de la clause d'exclusion du numéro tarifaire 41417-1 — La Cour n'est pas liée par l'opinion d'un tribunal spécialisé.

Contrôle judiciaire — Appel d'un classement de produits par la Commission du tarif — La décision de la Commission, portant la signature de deux membres, a été rendue — Le troisième membre a par la suite exprimé sa dissidence — La question est de savoir si la Commission a compétence pour rendre une décision lorsqu'un membre du jury n'y participe pas — Définition du quorum — L'autorité décisionnelle est tenue de se conformer strictement aux exigences en matière de quorum — Tous ceux qui participent à une décision doivent agir de concert jusqu'au tout dernier moment, quand la décision est rendue — Cette exigence est une question de principe, d'intérêt public et de saine administration de la justice — Cette «action

A-984-88

Board quorum requirements — Meaning of “participation” — No admissible evidence dissenting member did not participate in decision.

This was an appeal from a decision of the Tariff Board classifying appellant's Computerized Branch Exchanges (CBX's) under Customs Tariff as “Electric telephone apparatus” rather than “Electronic data processing machines and apparatus”. The majority of the Board issued its decision on September 14, 1988 and, one week later, the third member issued a dissent to the effect that the CBX's were both electronic data processing apparatus and peripherals of such apparatus under tariff item 41417-1. The issues upon this appeal were 1) whether the majority of the Board lacked jurisdiction in rendering its decision without a quorum as required by section 6 of the former *Tariff Board Act*, and 2) whether the subject goods were properly classified as “Electric telephone apparatus”.

Held, the appeal should be allowed.

1) The Federal Court of Appeal has defined the quorum of a body made up of several members as “the minimum number of members who must be present for that body to exercise its powers validly”. Courts have consistently insisted on the necessity for a decision-making authority to strictly comply with quorum requirements at all times. Having the proper quorum at all relevant times, from the beginning up to the very last moment, is a question of principle, of public policy and of sound and fair administration of justice. The nature, degree and form of this “acting together” need not, cannot and should not be defined. Tribunals have their own ways and their own rules. They must however, at some point in time, reach a decision collectively and each member must “participate” individually in that collective decision in agreeing with it or in dissenting from it. There has to be a meeting of the minds, each member being informed at least in a general way of the point of view of each of his colleagues. In the instant case, the crucial question was thus the following: was the decision issued by the majority of the Board on September 14, 1988 “participated in” by the dissenting member? The explanation set forth by the latter in a subsequent Board decision was not supported by affidavit and its veracity could not therefore be tested. The Court could not take for granted assertions that the Board could not challenge in the usual way, namely by cross-examining the author of the allegation. This so-called explanation was therefore not admissible evidence. And without that evidence, the appellant was in no position to establish that the dissenting member did not participate in the decision. A mere delay in the issuance of dissenting reasons should not affect the jurisdiction of the Board nor lead necessarily to the conclusion that the dissenting member had not participated in the decision.

de concert» n'a pas à être définie — Il est nécessaire qu'il y ait une intention commune — «Absence de signature» et «absence de participation» ne sont pas synonymes — Historique législatif des exigences de la Commission du tarif en matière de quorum — Sens de la «participation» — Absence de preuve admissible que le membre dissident n'a pas participé à la décision.

Ceci était un appel d'une décision de la Commission du tarif, qui avait classé les centraux téléphoniques secondaires informatisés (ci-après appelés «CBX») de l'appelante, en vertu du Tarif des douanes, en tant qu'«appareils électriques de téléphone» plutôt que comme «machines électroniques de traitement de l'information et leurs appareils». La majorité de la Commission a rendu sa décision le 14 septembre 1988 et, une semaine plus tard, le troisième membre du jury a exprimé sa dissidence, à savoir que les CBX étaient à la fois des appareils électroniques de traitement de l'information et du matériel périphérique qui leur est destiné, classés sous le numéro tarifaire 41417-1. Les questions en litige dans cet appel étaient: 1) celle de savoir si la majorité de la Commission n'avait pas compétence pour rendre sa décision en l'absence de quorum, ainsi que l'exigeait l'article 6 de l'ancienne *Loi sur la Commission du tarif*, et 2) celle de savoir si les produits en question avaient été classés à juste titre en tant qu'«appareils électriques de téléphone».

Arrêt: l'appel devrait être accueilli.

1) La Cour d'appel fédérale a défini ce qu'est le quorum d'un organisme composé de plusieurs membres: il s'agit du «nombre minimum de membres qui doivent être présents pour pouvoir exercer valablement le pouvoir de cet organisme». Les tribunaux insistent invariablement sur l'obligation qu'une autorité décisionnelle se conforme strictement et en tout temps aux exigences en matière de quorum. Le fait de disposer du quorum prévu chaque fois qu'il le faut, du début jusqu'à la toute fin des procédures, est une question de principe, d'intérêt public et d'administration saine et équitable de la justice. La nature, le degré et la forme de cette «action de concert» ne peuvent être définis et n'ont pas à l'être. Les tribunaux ont leurs propres méthodes et leurs propres règles. Il faut toutefois, à un certain point, qu'ils en arrivent à une décision collectivement et que chaque membre «participe» individuellement à cette décision collective, soit en y souscrivant soit en étant en dissidence. Il faut qu'il y ait une intention commune, chaque membre devant être informé, dans les grandes lignes à tout le moins, du point de vue de chacun de ses collègues. La question cruciale, en l'espèce, était donc la suivante: le membre dissident avait-il «participé» à la décision rendue par la Commission le 14 septembre 1988? L'explication que ce dernier avait donnée dans une décision subséquente de la Commission n'était pas étayée par affidavit et il était donc impossible d'en vérifier la véracité. La Cour ne pouvait tenir pour acquises des affirmations que la Commission n'était pas en mesure de contester de la manière habituelle, c'est-à-dire en contre-interrogeant l'auteur de l'allégation. Cette prétendue explication ne constituait donc pas une preuve admissible. Et sans cette preuve, l'appelante n'était pas en mesure d'établir que le membre dissident n'avait pas participé à la décision. Un simple retard dans la présentation des motifs de dissidence ne devrait

2) The majority of the Board erred in law by introducing extraneous elements into the ordinary meaning of the words "telephone apparatus" as used in the Tariff and in concluding that a "system" is an "apparatus". It is clear from the French version that the words "apparatus" ("*appareil*") and "system" ("*système*") are not interchangeable and refer to two distinct realities. The majority of the Board confused the use of the subject goods with the latter and classified them as if they were a telephone system, which obviously they are not. It ignored the case law and the definition in ordinary and technical dictionaries of the word "telephone" which always relate "telephone" to transmission of sounds or voices only. By concluding that the goods have been classified correctly by the respondent in tariff item 44508-1 as electric telephone apparatus, the majority of the Board erred in law in misinterpreting the words "electric" and "electronic". By using these two words in different customs tariff items, Parliament intended that they refer to different goods. The Tariff, as well as the case law and the technical and ordinary dictionary definitions, have clearly distinguished "electronic" and "electric" goods. The subject goods do not fall within the exclusion clause of tariff item 41417-1 nor within tariff item 44508-1 and have been correctly found by the dissenting member to be both electronic data processing apparatus and peripherals of such apparatus. The Court is by no means bound by the opinion of a specialized tribunal. The interpretation of the majority could be supported by neither the wording of the statute, nor its legislative history nor the Board's previous decisions.

pas avoir d'effet sur la compétence de la Commission ou mener nécessairement à la conclusion que le membre dissident n'avait pas participé à la décision.

2) La majorité de la Commission a commis une erreur de droit en introduisant des éléments étrangers dans le sens habituel des mots «appareils de téléphone» qui figurent dans le Tarif et en concluant qu'un «système» est un «appareil». Il ressort clairement de la version française du document que les mots «appareil» («*appareil*») et «système» («*système*») ne sont pas interchangeables et désignent deux réalités distinctes. La majorité de la Commission a confondu l'usage des produits en question avec ces derniers et les a classés comme s'ils étaient un réseau téléphonique, ce qu'ils ne sont manifestement pas. Elle n'a tenu compte ni de la jurisprudence ni des définitions que donnent les dictionnaires techniques et généraux du mot «téléphone», qui, dans tous les cas, lient ce dernier à la transmission de sons ou de la voix uniquement. En concluant que l'intimé a classé correctement les produits sous le numéro tarifaire 44508-1 en tant qu'«appareils électriques de téléphone», la majorité de la Commission a commis une erreur de droit en interprétant mal les mots «électrique» et «électronique». En employant ces mots sous des numéros tarifaires différents, le législateur voulait qu'ils désignent des produits différents. Le Tarif, la jurisprudence et les définitions qui figurent dans les dictionnaires techniques et généraux font une distinction claire entre les mots «électronique» et «électrique». Les produits en question ne tombent pas sous le coup de la clause d'exclusion que comporte l'intitulé du numéro tarifaire 41417-1 ou du numéro tarifaire 44508-1, et le membre dissident a déterminé à juste titre que lesdits produits constituent à la fois des machines électroniques de traitement de l'information et le matériel périphérique qui leur est destiné. La Cour n'est nullement liée par l'avis d'un tribunal spécialisé. La loi, son historique législatif et les décisions antérieures de la Commission n'étaient pas l'interprétation de la majorité.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Environmental Protection Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 16, s. 95.

Canadian International Trade Tribunal Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47, s. 9(3).

Competition Tribunal Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 12(3).

Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40, s. 48(1).

Customs Tariff, R.S.C. 1970, c. C-41, tariff item 41417-1 (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 67, s. 7), tariff item 44508-1 (as am. by S.C. 1984, c. 47, s. 13).

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 45(3).

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 63(2).

Miscellaneous Statute Law Amendment Act, 1977, S.C. 1976-77, c. 28, s. 43.

National Energy Board Act, R.S.C., 1985, c. N-7, s. 16(2).

Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 29.

Tariff Board Act, R.S.C., 1985, c. T-1, s. 6.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi canadienne sur la protection de l'environnement, L.R.C. 1985 (4^e suppl.), chap. 16, art. 95.

Loi corrective de 1977, S.C. 1976-77, chap. 28, art. 43.

Loi sur la Commission du tarif, L.R.C. (1985), chap. T-1, art. 6.

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 45(3).

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), chap. S-26, art. 29.

Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 47, art. 9(3).

Loi sur le Tribunal de la concurrence, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), chap. 19, art. 12(3).

Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, chap. C-40, art. 48(1).

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 63(2).

Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. (1985), chap. N-7, art. 16(2).

Tarif des douanes, S.R.C. 1970, chap. C-41, no. tarifaire 41417-1 [mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 67,

art. 7], no. tarifaire 44508-1 [mod. par S.C. 1984, chap. 47, art. 13].

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Attorney General of Canada v. Allard, [1982] 2 F.C. 706; (1982), 49 N.R. 301 (C.A.); *Inter-City Freightlines Ltd. and Highway Traffic & Motor Transport Board of Manitoba v. Swan River-The Pas Transfer Ltd. et al.*, [1972] 2 W.W.R. 317 (Man. C.A.); *Lord v. Lord* (1855), 5 El. & Bl. 404; 119 E.R. 531 (K.B.); *In re Beck and Jackson* (1857), 1 C.B. (N.S.) 695; 140 E.R. 286 (C.P.); *Cresswell v. The Etobicoke-Mimico Conservation Authority*, [1951] O.R. 197; [1951] 2 D.L.R. 364 (C.A.); *Canadian Pacific Transport Co. Ltd. et al. and Loomis Courier Services Ltd.* (1976), 72 D.L.R. (3d) 434 (B.C.S.C.); *Re B.C. Government Employees Union et al. and Public Service Commission et al.* (1979), 96 D.L.R. (3d) 86; 10 B.C.L.R. 87 (S.C.); *P.P.G. Industries Canada Ltd. v. A.G. of Canada*, [1976] 2 S.C.R. 739; (1975), 65 D.L.R. (3d) 354; 7 N.R. 209; *Tariff Board Act (In re)*, [1977] 2 F.C. 228 (C.A.); *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; (1986), 69 N.B.R. (2d) 271; 27 D.L.R. (4th) 406; 177 A.P.R. 271; 66 N.R. 173; *General Datacomm Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise* (1984), 9 TBR 78.

REFERRED TO:

Grillas v. Minister of Manpower and Immigration, [1972] S.C.R. 577; (1971), 23 D.L.R. (3d) 1; *Jagenberg of Canada Ltd. and Deputy M.N.R. (Customs and Excise) and Repap Enterprises Corp. Inc., Intervenant* (1988), 17 C.E.R. 296 (Tar. Bd.); *Canadian Cable Television Assn. v. American College Sports Collective of Canada, Inc.*, [1991] 3 F.C. 626; (1991), 81 D.L.R. (4th) 376; 36 C.P.R. (3d) 455 (C.A.); *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282; (1990), 73 O.R. (2d) 676; 68 D.L.R. (4th) 524; 42 Admin. L.R. 1; 90 CLLC 14,007; 38 O.A.C. 321; *Doyle v. Restrictive Trade Practices Commission*, [1985] 1 F.C. 362; (1985), 21 D.L.R. (4th) 366; 7 C.P.R. (3d) 235; 60 N.R. 218 (C.A.); *Kane v. Board of Governors (University of British Columbia)*, [1980] 1 S.C.R. 1105; (1980), 110 D.L.R. (3d) 311; [1980] 3 W.W.R. 125; 18 B.C.L.R. 124; 31 N.R. 214; *Deere (John) v. Minister of National Revenue (Customs and Excise)* (1990), 107 N.R. 137; [1989] 1 T.S.T. 2241 (F.C.A.); *Digital Equipment of Canada Ltd. and Deputy M.N.R. (Customs and Excise)* (1988), 13 C.E.R. 343 (F.C.A.); *Foxboro Canada Inc. and Deputy M.N.R. (Customs and Excise) et al.* (1987), 12 C.E.R. 118 (Tar. Bd.); *Ingersoll-Rand Door Hardware Canada Inc. and Deputy M.N.R. (Customs and Excise)* (1987), 15 C.E.R. 47; 80 N.R. 397 (F.C.A.); *Cardinal v. R.*, [1980] 1 F.C. 149; (1979), 97 D.L.R. (3d) 402; [1979] 1 C.N.L.R. 32 (T.D.); *R. v. Brislan; Ex parte Williams* (1935), 54 C.L.R. 262 (H.C. Aust.); *Rex v. Gignac*, [1934] O.R. 195; [1934] 2 D.L.R.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Le procureur général du Canada c. Allard, [1982] 2 C.F. 706; (1982), 49 N.R. 301 (C.A.); *Inter-City Freightlines Ltd. and Highway Traffic & Motor Transport Board of Manitoba v. Swan River-The Pas Transfer Ltd. et al.*, [1972] 2 W.W.R. 317 (C.A. Man); *Lord v. Lord* (1855), 5 El. & Bl. 404; 119 E.R. 531 (K.B.); *In re Beck and Jackson* (1857), 1 C.B. (N.S.) 695; 140 E.R. 286 (C.P.); *Cresswell v. The Etobicoke-Mimico Conservation Authority*, [1951] O.R. 197; [1951] 2 D.L.R. 364 (C.A.); *Canadian Pacific Transport Co. Ltd. et al. and Loomis Courier Services Ltd.* (1976), 72 D.L.R. (3d) 434 (C.S.C.-B); *Re B.C. Government Employees Union et al. and Public Service Commission et al.* (1979), 96 D.L.R. (3d) 86; 10 B.C.L.R. 87 (S.C.); *P.P.G. Industries Canada Ltd. c. P.G. du Canada*, [1976] 2 R.C.S. 739; (1975), 65 D.L.R. (3d) 354; 7 N.R. 209; *In re La Loi sur la Commission du tarif*, [1977] 2 C.F. 228 (C.A.); *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; (1986), 69 N.B.R. (2d) 271; 27 D.L.R. (4th) 406; 177 A.P.R. 271; 66 N.R. 173; *General Datacomm Ltd. c. Sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l'accise* (1984), 9 RCT 78.

DÉCISIONS CITÉES:

Grillas c. Ministre de la Main-d'Oeuvre et de l'Immigration, [1972] R.C.S. 577; (1971), 23 D.L.R. (3d) 1; *Jagenberg of Canada Ltd. and Deputy M.N.R. (Customs and Excise) and Repap Enterprises Corp. Inc., Intervenant* (1988), 17 C.E.R. 296 (Tar. Bd.); *Assoc. canadienne de télévision par câble c. American College Sports Collective of Canada, Inc.*, [1991] 3 C.F. 626; (1991), 81 D.L.R. (4th) 376; 36 C.P.R. (3d) 455 (C.A.); *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282; (1990), 73 O.R. (2d) 676; 68 D.L.R. (4th) 524; 42 Admin. L.R. 1; 90 CLLC 14,007; 38 O.A.C. 321; *Doyle c. Commission sur les pratiques restrictives du commerce*, [1985] 1 C.F. 362; (1985), 21 D.L.R. (4th) 366; 7 C.P.R. (3d) 235; 60 N.R. 218 (C.A.); *Kane c. Conseil d'administration (Université de la Colombie-Britannique)*, [1980] 1 R.C.S. 1105; (1980), 110 D.L.R. (3d) 311; [1980] 3 W.W.R. 125; 18 B.C.L.R. 124; 31 N.R. 214; *Deere (John) c. Ministre du Revenu national (Douanes et Accise)* (1990), 107 N.R. 137; [1989] 1 T.S.T. 2241 (C.A.F.); *Digital Equipment of Canada Ltd. et Sous-ministre du Revenu national (Douanes et Accise)* (1988), 13 C.E.R. 343 (C.A.F.); *Foxboro Canada Inc. and Deputy M.N.R. (Customs and Excise) et al.* (1987), 12 C.E.R. 118 (Tar. Bd.); *Ingersoll-Rand Door Hardware Canada Inc. et Sous-ministre du Revenu national (Douanes et Accise)* (1987), 15 C.E.R. 47; 80 N.R. 397 (C.A.F.); *Cardinal c. R.*, [1980] 1 C.F. 149; (1979), 97 D.L.R. (3d) 402; [1979] 1 C.N.L.R. 32 (1^{re} inst.); *R. v. Brislan; Ex parte Williams* (1935), 54

113; (1934), 61 C.C.C. 371 (H.C.); *The Attorney General v. Edison Telephone Company of London* (1880), 6 Q.B. 244 (Ex.D.); *Wang Laboratories (Canada) Limited v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise* (1971), 5 TBR 119; *Reference/Appeal 1907* (1983), 8 TBR 587; *Waltham Watch Company of Canada Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise* (1984), 9 TBR 388; *Nevco Scoreboard Co. Ltd. and Deputy M.N.R. (Customs and Excise) and Rotomatic Display Products Ltd.* (1986), 12 C.E.R. 88; 11 TBR 342.

AUTHORS CITED

Beaupré, Michael. *Interpreting Bilingual Legislation*, 2nd ed., Toronto: Carswell, 1986.
 Dussault, R. and Borgeat, L. *Administrative Law: A Treatise*, vol. 4, 2nd ed., Toronto: Carswell, 1990.
Grand Larousse de la langue française, tome 1, Paris: Librairie Larousse, 1971. «appareil».
Grand Larousse de la langue française, tome 7, Paris: Librairie Larousse, 1978 «système».
 Lanham, David. «The Quorum in Public Law» [1984] P.L. 461.
 Robert, Paul. *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française (Le Grand Robert)*, tome I, 2nd ed., Paris: Société du nouveau Littré, 1986. «appareil».
 Robert, Paul. *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française (Le Grand Robert)*, tome 5, Paris: Société du nouveau Littré, 1972. «prononcé».
 Robert, Paul. *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française (Le Grand Robert)*, tome IX, 2nd ed., Paris: Société du nouveau Littré, 1986. «système».

COUNSEL:

Richard G. Dearden for appellant.
 Michael F. Ciavaglia for respondent.

SOLICITORS:

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, for appellant.
 Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

DÉCARY J.A.: This is an appeal from a decision rendered by the Tariff Board (the "Board") regarding the tariff classification of Computerized Branch Exchanges (models CBX II 9000, CBX II 8000 and VSCBX, hereinafter "CBX") of the Rolm voice and data business communications systems imported by

C.L.R. 262 (H.C. Aust.); *Rex v. Gignac*, [1934] O.R. 195; [1934] 2 D.L.R. 113; (1934), 61 C.C.C. 371 (H.C.); *The Attorney General v. Edison Telephone Company of London* (1880), 6 Q.B. 244 (Ex.D.); *Wang Laboratories (Canada) Limited c. Sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l'accise* (1971), 5 RCT 119; *Renvoi/appeal 1907* (1983), 8 RCT 587; *Waltham Watch Company of Canada Ltd. c. Sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l'accise* (1984), 9 RCT 388; *Nevco Scoreboard Co. Ltd. et Sous-ministre du Revenu national (Douanes et Accise) et Rotomatic Display Products Ltd.* (1986), 12 C.E.R. 88; 11 RCT 342.

DOCTRINE

Beaupré, Rémi Michael. *Interprétation de la législation bilingue*, Montréal: Wilson & Lafleur, 1986.
 Dussault, René et Borgeat, Louis. *Traité de droit administratif*, t. 3, 2^e éd., Québec: Presses de l'Université Laval, 1989.
Grand Larousse de la langue française, tome 1, Paris: Librairie Larousse, 1971. «appareil».
Grand Larousse de la langue française, tome 7, Paris: Librairie Larousse, 1978. «système».
 Lanham, David. «The Quorum in Public Law» [1984] P.L. 461.
 Robert, Paul. *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française (Le Grand Robert)*, tome I, 2^e éd., Paris: Société du nouveau Littré, 1986. «appareil».
 Robert, Paul. *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française (Le Grand Robert)*, tome 5, Paris: Société du nouveau Littré, 1972. «prononcé».
 Robert, Paul. *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française (Le Grand Robert)*, tome IX, 2^e éd., Paris: Société du nouveau Littré, 1986. «système».

AVOCATS:

Richard G. Dearden pour l'appelante.
 Michael F. Ciavaglia pour l'intimé.

PROCUREURS:

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, pour l'appelante.
 Le sous-procureur général du Canada, pour l'intimé.

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

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Il est question en l'espèce d'un appel d'une décision rendue par la Commission du tarif (ci-après appelée la «Commission») au sujet du classement tarifaire de centraux téléphoniques secondaires informatisés (modèles CBX II 9000, CBX II 8000 et VSCBX, appelés ci-après «CBX»)

Rolm Canada Inc. from the United States of America in 1985 and 1986.¹ The decision, issued on September 14, 1988 by two members of the Board, was to the effect that the CBX's were classifiable under *Customs Tariff* [R.S.C. 1970, c. C-41] (the "Tariff") Item 44508-1 [as am. by S.C. 1984, c. 47, s. 13(2)] as "Electric telephone apparatus" rather than under tariff item 41417-1 [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 67, s. 7(1)] as "Electronic data processing machines and apparatus". A dissent, issued on September 21, 1988 by the third member, was to the effect that the CBX's were both electronic data processing apparatus and peripherals of such apparatus classifiable under the tariff item 41417-1.

des systèmes commerciaux de communications téléphoniques et numériques (ou informatiques) de marque Rolm que la Rolm Canada Inc. avait importés des États-Unis d'Amérique en 1985 et 1986¹. Selon ladite décision, que deux membres de la Commission ont rendue le 14 septembre 1988, les appareils CBX devaient être classés sous le numéro du *Tarif des douanes* [S.R.C. 1970, chap. C-41] (les «Tarifs») (ou numéro tarifaire) 44508-1 [mod par S.C. 1984, chap. 47, art. 13(2)] en tant qu'«appareils électriques de téléphone», plutôt que sous le numéro tarifaire 41417-1 [mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 67, art. 7(1)] en tant que «Machines électroniques de traitement de l'information et leurs appareils». Le troisième membre, qui fit connaître son opinion dissidente le 21 septembre 1988, jugea que les appareils CBX constituaient à la fois des «appareils électroniques de traitement de l'information» et du «matériel périphérique qui leur est destiné», à classer sous le numéro tarifaire 41417-1.

THE ISSUE OF JURISDICTION

The first issue raised by the appellant is that of the jurisdiction of the Board to make a decision with the participation of only two of the three members who sat on the panel. A review and chronology of the relevant events are necessary at this stage.

The facts

In February and March 1987, the Board, comprised of presiding member Gorman and members Bertrand and Beauchamp, heard two appeals from decisions of the respondent. On September 14, 1988, the Board rendered its decision in the following fashion:²

¹ The original appellant was Rolm Canada Inc. Pursuant to an Order of the Court dated December 28, 1988, the style of cause was amended and the proceedings were carried on with IBM Canada Limited having been substituted for Rolm Canada Inc. as appellant.

² A.B., at p. 52.

LA QUESTION DE LA COMPÉTENCE DE LA COMMISSION

Le premier point qu'a soulevé l'appelante est celui de savoir si la Commission a compétence pour rendre une décision lorsque seulement deux des trois membres qui ont siégé y participent. Une revue des faits pertinents s'impose à ce stade-ci.

Les faits

Aux mois de février et de mars 1987, la Commission, composée du président d'audience Gorman et de deux membres, MM. Bertrand et Beauchamp, entendit deux appels découlant de décisions de l'intimé. Le 14 septembre 1988, la Commission rendit la décision suivante²:

¹ Rolm Canada Inc. était l'appelante initiale. À la suite d'une ordonnance de la Cour datée du 28 décembre 1988, on modifia l'intitulé de la cause: la IBM Canada Limited fut substituée à la Rolm Canada Inc. à titre d'appelante.

² D.A., à la p. 52.

The Tariff Board



CANADA

La Commission du Tarif

NOTICE DA 1599
September 14, 1988

PANEL: GORMAN, Presiding Member
BERTRAND, Member
BEAUCHAMP, Member

Appeals Nos. 2600 and 2625

ROLM CANADA INC.

Appellant

and

THE DEPUTY MINISTER OF NATIONAL REVENUE
FOR CUSTOMS AND EXCISE

Respondent

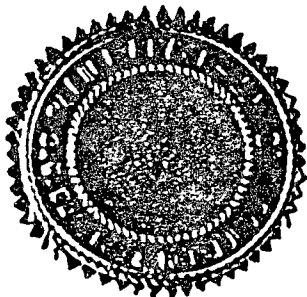
and

MITEL CORPORATION

Intervenant

DECISION OF THE BOARD

The appeals are dismissed and it is declared that the models VSCBX, CBX II 8000 and CBX II 9000 of the Rolm voice and data business communications systems imported by the appellant from the United States of America in 1985 and 1986 on dates and under Toronto entry numbers set out in schedules to the letters of decision of the respondent have been classified correctly by the respondent in tariff item 44508-1 as electric telephone apparatus.



"G.J. Gorman"
Presiding Member

"J.P. Bertrand"
Member

The above decision has been made by the
Tariff Board under the Customs Act,
R.S.C. 1970, c. C-40.

"René Noël"
Secretary of the Board

La Commission du Tarif



CANADA

The Tariff Board

AVIS DA 1599

le 14 septembre 1988

JURY: GORMAN, président d'audience
 BERTRAND, membre
 BEAUCHAMP, membre

Appels nos. 2600 et 2625

ROLM CANADA INC.

Appelante

et

LE SOUS-MINISTRE DU REVENU NATIONAL
 POUR LES DOUANES ET L'ACCISE

Intimé

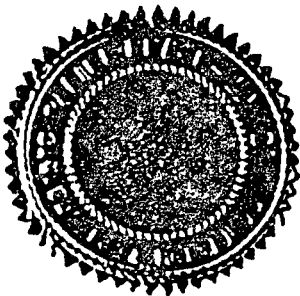
et

MITEL CORPORATION

Intervenante

DÉCISION DE LA COMMISSION

La Commission rejette les appels et déclare que les modèles VSCBX, CBX II 8000 et CBX II 9000 des systèmes commerciaux de communications téléphoniques et informatiques Rolm, qui ont été importés des États-Unis d'Amérique, en 1985 et 1986, et déclarés aux dates et sous les numéros indiqués dans les annexes aux lettres de décision de l'intimé, ont été classés correctement par l'intimé sous le numéro tarifaire 44508-1 en tant qu'appareils électriques de téléphone.



«G.J. Gorman»
 Président d'audience

«J.P. Bertrand»
 Membre

La décision ci-dessus a été rendue
 par la Commission du tarif en vertu
 de la Loi sur les douanes,
 S.R.C. 1970, chap. C-40.

«René Noël»
 Secrétaire de la Commission

A "certified true copy of the decision by the Board" was sent by courier to counsel for the parties by the secretary of the Board on September 14, 1988. The letter sent to counsel for the appellant read:³

Enclosed is a certified true copy of the decision by the Board in the above-noted appeals.

As you can see, appeals Nos. 2600 & 2625 is (sic) dismissed.

The opinion of Mr. Beauchamp is not available at this time.

Leave to appeal from this decision to the Federal Court may be sought within 60 days upon the conditions set out in section 48 of the Customs Act.

The actual decision was preceded by the official summary prepared by the Board⁴ and followed by the "Reasons for decision" signed by the presiding member and concurred in by member Bertrand.⁵ Nowhere in this summary or in these reasons is any reference made to the third member.

On September 21, 1988, the secretary of the Board sent the following letter to counsel for the parties:⁶

This is further to my letter dated September 14, 1988.

Enclosed is a copy of the dissent of Member Beauchamp.

The dissent of member Beauchamp was preceded by a new official summary prepared by the Board.⁷ The summary, this time, made reference to the "minority" and went on to set the "date of decision" as at "September 14, 1988", and the "date of dissent" as at "September 21, 1988".

Counsel for the appellant argued that "the majority of the Tariff Board: (a) rendered its decision dated September 14, 1988 in the absence of jurisdiction, in excess of jurisdiction or without jurisdiction in that: (i) it was issued in the absence of a quorum as required by section 6 of the former *Tariff Board Act*

Le 14 septembre 1988, le secrétaire de la Commission envoya aux avocats des parties, par l'entremise d'un service de messageries, une «copie certifiée conforme de la décision de la Commission». La lettre adressée à l'avocat de l'appelante était conçue comme suit³:

[TRADUCTION] Vous trouverez ci-jointe une copie certifiée conforme de la décision qu'a rendue la Commission relativement aux appels susmentionnés.

Comme vous pouvez le voir, les appels nos 2600 et 2625 sont rejetés.

L'opinion de M. Beauchamp n'est pas disponible en ce moment.

Il vous est loisible de demander l'autorisation d'interjeter appel de cette décision devant la Cour fédérale dans les 60 jours qui suivent la date de ladite décision, conformément aux conditions énoncées à l'article 48 de la Loi sur les douanes.

La décision proprement dite était précédée du sommaire officiel de la Commission⁴ et suivie des «motifs de la décision», qu'avait signés le président d'audience et auxquels souscrivait M. Bertrand⁵. Il n'est fait nulle part mention du troisième membre dans le sommaire ou dans les motifs.

Le 21 septembre 1988, le secrétaire de la Commission fit parvenir la lettre suivante aux avocats des parties⁶:

[TRADUCTION] La présente fait suite à ma lettre datée du 14 septembre 1988.

Vous trouverez ci-joint copie de l'opinion dissidente de M. Beauchamp, membre du jury.

Cette opinion dissidente était précédée d'un nouveau sommaire officiel établi par la Commission⁷. Cette fois-ci, le sommaire faisait référence à la «minorité» et ajoutait que la «date de la décision» était le «14 septembre 1988» et la «date de la dissidence» le «21 septembre 1988».

L'avocat de l'appelante a fait valoir que [TRADUCTION] «la majorité de la Commission du tarif: a) a rendu sa décision en date du 14 septembre 1988 sans avoir compétence pour le faire, en ce sens que: i) la décision a été rendue en l'absence du quorum que requiert l'article 6 de l'ancienne *Loi sur la Commis-*

³ A.B., at p. 50.

⁴ A.B., at p. 51.

⁵ A.B., at pp. 54-63.

⁶ A.B., at p. 79.

⁷ A.B., at pp. 81-82.

³ D.A., à la p. 50.

⁴ D.A., à la p. 51.

⁵ D.A., aux p. 54 à 63.

⁶ D.A., à la p. 79.

⁷ D.A., aux p. 81 et 82.

[R.S.C., 1985, c. T-1 (Act repealed by R.S.C., 1985 (4th Suppl.), c. 47, s. 50)], and (ii) all three members of the Tariff Board did not participate in the separately issued decisions rendered on September 14, 1988 and September 21, 1988”.

In order to fully understand the appellant's submission, it is necessary to examine what is meant by “quorum” and what are the specific requirements found in the *Tariff Board Act* (the “Act”)⁸ with respect to quorum.

Quorum in general

The quorum of a body made up of several members has been defined by this Court as “the minimum number of members who must be present for that body to exercise its powers validly”.⁹ As was pointed out by Dickson J.A. (as he then was), “In the absence of a quorum no business can be transacted”.¹⁰

While there appears to be no authority directly on the point in issue, a perusal of the jurisprudence that has examined questions related to quorum indicates that the courts have consistently insisted on the necessity for a decision-making authority to strictly comply with quorum requirements at all times. A

⁸ S. 6 of the *Tariff Board Act*, R.S.C., 1985, c. T-1 reads as follows:

6. (1) With respect to an appeal to the Board pursuant to any Act other than this Act, three or more members have and may exercise and perform all the powers and functions of the Board.

(2) Notwithstanding subsection (1), where a member, after hearing an appeal to the Board pursuant to any Act other than this Act, ceases to hold office for any reason or is unable or unwilling to take part in the making of any order, finding or other declaration with respect to the appeal, the remaining members who have heard that appeal may make such order, finding or other declaration and for the [sic] purpose they shall be deemed to have exercised and performed all the powers and functions of the Board.

⁹ *Attorney General of Canada v. Allard*, [1982] 2 F.C. 706 (C.A.), at p. 707, Pratte J.

¹⁰ *Inter-City Freightlines Ltd. and Highway Traffic & Motor Transport Board of Manitoba v. Swan River-The Pas Transfer Ltd. et al.*, [1972] 2 W.W.R. 317 (Man. C.A.), at p. 318.

sion du tarif [L.R.C. (1985), chap. T-1 (Loi abrogée par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 47, art. 50)], et ii) les trois membres de la Commission n'ont pas participé aux décisions qui ont été rendues séparément, le 14 septembre 1988 et le 21 septembre 1988».

Pour bien comprendre la thèse de l'appelante, il convient d'analyser ce que signifie le terme «quorum» et de déterminer les exigences particulières de la *Loi sur la Commission du tarif* (ci-après appelée la «Loi»)⁸ relativement au quorum.

c Le quorum en général

La présente Cour a défini ce qu'est le quorum d'un organisme composé de plusieurs membres; il s'agit du «nombre minimum de membres qui doivent être présents pour pouvoir exercer valablement le pouvoir de cet organisme»⁹. Ainsi que l'a souligné le juge Dickson, juge de la Cour d'appel (tel était alors son titre), [TRADUCTION] «Aucune affaire ne peut être traitée en l'absence de quorum»¹⁰.

Bien qu'il semble n'exister aucun précédent qui se rapporte directement au point en litige, un survol de la jurisprudence où il a été question de quorum révèle que, sur ce plan, les tribunaux ont insisté invariablement sur l'obligation qu'une autorité décisionnelle avait de se conformer strictement et en tout temps aux exigences applicables. Il découle d'une longue

⁸ Le texte de l'art. 6 de la *Loi sur la Commission du tarif*, L.R.C. (1985), chap. T-1, est le suivant:

6. (1) En ce qui concerne un appel à la Commission sous le régime de toute autre loi, trois membres ou plus détiennent et peuvent exercer les pouvoirs et les fonctions de la Commission.

(2) Par dérogation au paragraphe (1), lorsque, après avoir entendu un appel interjeté en vertu de toute autre loi, un membre de la Commission quitte son poste pour quelque raison, se révèle incapable ou refuse de participer au prononcé d'une ordonnance, de conclusions ou d'une déclaration relative à cet appel, les autres membres peuvent y procéder et sont, à cet effet, présumés avoir exercé tous les pouvoirs et fonctions de la Commission.

⁹ *Le procureur général du Canada c. Allard*, [1982] 2 C.F. 706 (C.A.), à la p. 707, le juge Pratte.

¹⁰ *Inter-City Freightlines Ltd. and Highway Traffic & Motor Transport Board of Manitoba v. Swan River-The Pas Transfer Ltd. et al.*, [1972] 2 W.W.R. 317 (C.A. Man.), à la p. 318.

long series of cases¹¹ have established a proposition which I would venture to formulate as follows: in setting a quorum and requiring that a minimum number

¹¹ See *Lord v. Lord* (1855), 5 El. & Bl. 404, at p. 406; 119 E.R. 531 (K.B.), at p. 532, Coleridge J.:

It is now clearly established that every judicial act, to be done by two or more, must be completed in the presence of all who do it; for those who are to be affected by it have a right to the united judgment of all up to the very last moment. In *Stalworth v. Inns* (2 D. & L. 428), where it was sought to set aside an award on the ground that the two arbitrators had executed it at different times and places, the Court of Exchequer refused to do so, because, if they did, there could be no appeal against their decision; but they intimated that they would grant no attachment, nor make any order for payment of the sum awarded. They left the party to bring his action, expressing a hope that, the strong opinion of the Court being known, arbitrators would in future take care that their execution was joint. [My emphasis.]

In re Beck and Jackson (1857), 1 C.B. (N.S.) 695, at p. 700; 140 E.R. 286 (C.P.), at p. 288, Cresswell J.:

I find the rule thus stated in Russell on Arbitration, p. 209,—speaking of the duty of joint arbitrators,—“As they must all act, so must they all act together. They must each be present at every meeting; and the witnesses and the parties must be examined in the presence of them all; for, the parties are entitled to have recourse to the arguments, experience, and judgment of each arbitrator at every stage of the proceedings brought to bear on the minds of his fellow-judges, so that by conference they shall mutually assist each other in arriving together at a just decision: . . .” [My emphasis.]

Cresswell v. The Etobicoke-Mimico Conservation Authority, [1951] O.R. 197 (C.A.), at p. 203, Roach J.A.:

No one would suggest . . . that where an issue is to be determined by a board of three arbitrators, either under a statute or pursuant to a submission, two of them could ignore the third and proceed in his absence. Such an award would unquestionably be bad: . . . [My emphasis.]

Canadian Pacific Transport Co. Ltd. et al. and Loomis Courier Services Ltd. (1976), 72 D.L.R. (3d) 434 (B.C.S.C.), at p. 441, McKenzie J.:

The framers of this legislation reposed their faith in collective wisdom over individual wisdom. [My emphasis.]

Re B.C. Government Employees Union et al. and Public Service Commission et al. (1979), 96 D.L.R. (3d) 86 (S.C.), at pp. 90-91, Bouck J.:

série de décisions¹¹ un principe que je me hasarderais à formuler comme suit: en fixant un quorum et en exigeant qu'un nombre minimum de personnes parti-

¹¹ Voir *Lord v. Lord* (1855), 5 El. & Bl. 404, à la p. 406; 119 E.R. 531 (K.B.), à la p. 532, le juge Coleridge:

[TRADUCTION] Il est aujourd'hui une règle établie que tout acte judiciaire que doit exécuter un groupe de deux personnes ou plus doit l'être en présence de ce groupe tout entier; ceux que cet acte touchera ont droit, jusqu'au tout dernier moment, à ce que le jugement soit rendu de concert. Dans *Stalworth v. Inns* (2 D. & L. 428), affaire où il était demandé d'annuler une décision au motif que les deux arbitres l'avaient exécutée à des dates et à des endroits différents, la Cour de l'Échiquier refusa d'accéder à la demande parce que, dans un tel cas, sa décision n'aurait pu être susceptible d'appel; la Cour indiqua toutefois qu'elle n'accorderait pas de saisie-arrêt ou ne rendrait pas d'ordonnance de paiement de la somme adjugée. Elle laissa la partie intenter son action, en exprimant l'espoir que les arbitres, après avoir pris connaissance de l'opinion non équivoque de la Cour, veilleraient dorénavant à ce que leur jugement exécutoire soit conjoint. [Mes soulèvements.]

In re Beck and Jackson (1857), 1 C.B. (N.S.) 695, à la p. 700; 140 E.R. 286 (C.P.), à la p. 288, le juge Cresswell:

[TRADUCTION] La règle applicable est donc énoncée dans *Russell on Arbitration*, p. 209, au sujet de l'obligation des arbitres conjoints: «Étant donné qu'ils doivent tous agir, tous doivent agir de concert. Tous doivent être présents à chaque réunion, et les témoins et les parties doivent être interrogés en la présence de tous; les parties ont en effet droit à ce que les collègues de chaque arbitre aient recours aux arguments, à l'expérience et au jugement de ce dernier, à toutes les étapes des procédures, de manière à ce que, en conférant les uns avec les autres, ils s'aident mutuellement à en arriver ensemble à une décision qui soit juste . . .» [Mes soulèvements.]

Cresswell v. The Etobicoke-Mimico Conservation Authority, [1951] O.R. 197 (C.A.), à la p. 203, le juge Roach, J.C.A.:

[TRADUCTION] Nul ne suggérerait . . . que dans le cas où une commission constituée de trois arbitres est tenue de se prononcer sur une question, soit en vertu d'une loi soit à la suite d'une plaidoirie, deux d'entre eux pourraient ne pas tenir compte du troisième et agir en son absence. Il ne fait aucun doute que la décision serait mauvaise . . . [Mes soulèvements.]

Canadian Pacific Transport Co. Ltd. et al. and Loomis Courier Services Ltd. (1976), 72 D.L.R. (3d) 434 (C.S.C.-B.), à la p. 441, le juge McKenzie:

[TRADUCTION] Les auteurs de cette loi se sont fondés sur la sagesse collective plutôt que sur la sagesse individuelle. [Mes soulèvements.]

Re B.C. Government Employees Union et al. and Public Service Commission et al. (1979), 96 D.L.R. (3d) 86 (C.S.), aux pp. 90 et 91, le juge Bouck:

(Continued on next page)

(Suite à la page suivante)

of persons participate in a decision, Parliament reposes its faith in collective wisdom, does so for the benefit of the public as well as for the benefit of those who might be affected by the decision, and expects those who participate in the decision either as members of the majority or as dissenting members to act together up to the very last moment which is the making of one united, though not necessarily unanimous, decision.¹² Having the proper quorum at all relevant times, from the beginning up to the very last moment is a question of principle, of public policy and of sound and fair administration of justice.

(Continued from previous page)

It would seem to follow that anything done under the authority of the Commission when it was composed of only two persons is a nullity.

Similarly the judgment of the Commission rendered after the hearing on August 16, 1978, is of no legal consequence because the Commission only consisted of two members at the time it heard the appeal and when it gave its reasons: . . .

Because of the explicit language of the statute requiring no less than three members to conduct such a hearing, the Commission could not acquire jurisdiction on the basis of a waiver whether two or only one member sat to hear the appeal. The Legislature decided the minimum number of Commissioners was three. It was a condition inserted for the benefit of the public in the broad sense and all those who might be affected by the Commission's decisions. It was not merely a protective device which only interested the parties themselves. [My emphasis.]

Dussault and Borgeat, *Administrative Law: A Treatise*, vol. 4, 2nd ed. (Toronto: Carswell, 1990), at p. 160:

What is important is that the tribunal or agency have quorum right from the outset of the decision-making process and maintain it with the same persons until a decision has been reached. Failure to do so means the agency or tribunal acts without quorum and its actions and decisions are thus automatically null and void.

See also "The Quorum in Public Law", David Lanham, [1984] P.L. 461, at pp. 468ff.

¹² The above comments relate to the making of the decision itself. I do not suggest that reasons must always accompany the decision—indeed, the practice of many courts, including the Supreme Court of Canada, allows for the publication of reasons at a later date—nor that at the time the decision is made each member of the panel must have informed the panel in detail of the reasons he is planning to release eventually.

cipent à une décision, le législateur se fonde sur la sagesse collective, le fait pour l'avantage du public aussi bien que pour l'avantage des personnes que la décision en question pourrait toucher, et il s'attend à ce que les personnes qui participent à la décision, comme membres de la majorité ou comme membres dissidents, agissent de concert jusqu'au tout dernier moment, c'est-à-dire jusqu'à la prise d'une décision commune, qu'elle soit unanime ou pas¹². Le fait de disposer du quorum prévu chaque fois qu'il le faut, du début jusqu'à la toute fin des procédures, est une question de principe, d'intérêt public et d'administration saine et équitable de la justice.

(Suite de la page précédente)

[TRADUCTION] Il semble donc en découler que toute mesure prise sous l'autorité de la Commission, lorsque celle-ci n'est composée que de deux personnes, soit invalide.

De la même manière, le jugement que la Commission a prononcé après l'audience du 16 août 1978 n'a aucun effet juridique car elle n'était composée que de deux membres quand elle a entendu l'appel et quand elle a exposé ses motifs.

Comme la loi exige explicitement qu'au moins trois membres tiennent une telle audience, la Commission ne saurait devenir compétente par suite d'une renonciation, que deux membres, ou un seulement, aient siégé pour entendre l'appel. Le législateur a déterminé qu'il fallait au moins trois commissaires. Cette condition a été ajoutée pour l'avantage du public en général et de tous ceux que la décision de la Commission pourrait toucher. Il ne s'agissait pas simplement d'une mesure protectrice qui n'intéressait que les parties elles-mêmes. [Mes soulignements.]

Dussault et Borgeat, *Traité de droit administratif*, tome 3, 2^e éd., (Les Presses de l'Université Laval, 1989), aux p. 223 et 224:

Ce qui importe, c'est qu'un tribunal ou organisme ait quorum dès le début du processus décisionnel et le maintienne composé des mêmes personnes, jusqu'au moment où il rend sa décision. Faute de respecter ces exigences, l'organisme ou le tribunal agit sans quorum et ses actes ou décisions sont nuls de plein droit.

Voir aussi «The Quorum in Public Law», David Lanham, [1984] P.L. 461, aux p. 468 et s.

¹² Ces remarques se rapportent à la prise de la décision elle-même. Je ne veux pas dire que les motifs doivent accompagner la décision dans tous les cas—en fait, de nombreux tribunaux, dont la Cour suprême du Canada, permettent que l'on publie les motifs à une date ultérieure—ni qu'au moment où la décision est rendue, chaque membre du groupe doit avoir informé en détail ses collègues des motifs qu'il prévoit publier.

The nature, degree and form of this “acting together” need not, cannot and should not be defined. Tribunals have their own ways and their own rules. Members of a panel have their own personality and habits and cannot be expected to hold hands from the time a case is heard until the time a case is decided. What must be done, however, is that, at some point in time, the panel must reach a decision collectively and each member must “participate” individually in that collective decision in agreeing with it or in dissenting from it. There has to be a meeting of the minds, each member being informed at least in a general way of the point of view of each of his colleagues. This, in my view, is what is meant by “making the decision”. Counsel for the appellant rightly pointed out, relying on the statement of Chief Justice Laskin in *P.P.G. Industries Canada Ltd. v. A.G. of Canada*,¹³ that signature does not necessarily equate with participation. I would add, however, that the reverse is also true: non-signature does not necessarily equate with non-participation. There is no absolute rule, as legislative provisions, rules of practice and actual practices may vary from one tribunal to the other.

The Tariff Board quorum

The particular quorum requirements with respect to the Board have been examined by this Court in *Tariff Board Act (In re)*,¹⁴ where the Court was asked whether, following the death of one member of the panel of three, the remaining two members had jurisdiction to issue the decision. Subsection 3(8) of the Act then in force [R.S.C. 1970, c. T-1] was similar to subsection 6(1) of the Act in force at the time of these proceedings and was interpreted as follows by Jaccett C.J. [at pages 230-232]:

While not so expressed, as we read the Act, these provisions are in effect “quorum” provisions in that they determine the minimum number of members of the Board who must partici-

La nature, le degré et la forme de cette «action de concert» ne peuvent être définis et n’ont pas à l’être. Les tribunaux ont leurs propres méthodes et leurs propres règles. Les personnes qui siègent en groupe ont leur propre personnalité et leurs propres habitudes, et on ne peut s’attendre à ce qu’elles se tiennent par la main depuis le moment où elles commencent à entendre une affaire jusqu’à celui où elles la tranchent. Il faut toutefois, à un certain point, qu’elles en arrivent à une décision collectivement et que chaque membre «participe» individuellement à cette décision collective en y souscrivant ou en exprimant sa dissidence. Il faut qu’il y ait une intention commune, chaque membre devant être informé, dans les grandes lignes à tout le moins, du point de vue de chacun de ses collègues. C’est, selon moi, ce que l’on entend par «prendre la décision». L’avocat de l’appelante, s’appuyant sur ce qu’a déclaré le juge en chef Laskin dans l’arrêt *P.P.G. Industries Canada Ltd. c. P.G. du Canada*¹³, a fait remarquer avec juste raison que signature n’entraîne pas nécessairement participation. J’ajouterai cependant que l’inverse est également vrai: absence de signature n’entraîne pas nécessairement absence de participation. Il n’existe à cet égard aucune règle absolue, car les dispositions législatives, les règles de pratique et les pratiques proprement dites peuvent différer d’un tribunal à un autre.

Le quorum de la Commission du tarif

La présente Cour a examiné les exigences particulières de la loi eu égard au quorum de la Commission dans l’affaire *In re la Loi sur la Commission du tarif*¹⁴, où l’on demandait à la Cour si, suite au décès de l’un des trois membres du tribunal, ses deux collègues avaient compétence pour rendre la décision. Le paragraphe 3(8) de la Loi qui était en vigueur à cette époque [S.R.C. 1970, chap. T-1] ressemblait au paragraphe 6(1) de la Loi en vigueur au moment des présentes procédures, et le juge en chef Jaccett a interprété cette disposition comme suit [aux pages 230 à 232]:

Bien que la Loi ne le dise pas expressément, il s’agit là de dispositions établissant un «quorum», c’est-à-dire, fixant un nombre minimal de membres de la Commission devant participer à

¹³ [1976] 2 S.C.R. 739, at p. 747.

¹⁴ [1977] 2 F.C. 228 (C.A.).

¹³ [1976] 2 R.C.S. 739, à la p. 747.

¹⁴ [1977] 2 C.F. 228 (C.A.).

pate in carrying out the two different classes of duties assigned to it.

... and, looking only at section 3(8), it seems clear that “three or more members” must participate in the exercise by the Board of the power to “issue a valid Declaration” deciding an appeal

Counsel for the Attorney General of Canada put forward the argument that section 21(1) of the *Interpretation Act* read with section 3(8) of the *Tariff Board Act* was sufficient to require an affirmative answer to the question put to this Court by the Board. In his submission, as we understood him, section 3(8) authorizes three or more members to decide an appeal and section 21(1), therefore, authorizes a “majority of them” to do it. In our view, section 21(1) cannot be used to make an alteration in the requirements of a provision fixing the “quorum” required to deal with a matter. Although we recognize that the words of the subsection are wide enough, read literally, to support counsel’s submission, as it seems to us, section 21(1) deals with a case where a statutory quorum is exercising a statutory power; in effect, it makes the “majority” decision the decision of the group. [My emphasis.]

In 1977,¹⁵ as a result of that interpretation and in order to avoid the devastating consequences of the violation of quorum rules where special circumstances make it practically impossible for the Board to function, Parliament adopted subsection 3(8.1) which is similar to the present subsection 6(2). This provision goes a long way in defining what the final act of “participation” should be, when it says: “unable or unwilling to take part in the making of any order”. The French text is somehow more explicit: “se révèle incapable ou refuse de participer au prononcé d’une ordonnance” [underlining added], as “prononcé” means “prendre ou faire connaître une décision; selon les formes requises, en vertu des pouvoirs dont on dispose”.¹⁶ It seems to me that subsection 6(2) addresses the question of quorum at the time of the exercise of what generally constitutes the ultimate power of a board with respect to any interlocutory or final issue before it, i.e. the determination

¹⁵ *Miscellaneous Statute Law Amendment Act, 1977*, S.C. 1976-77, c. 28, s. 43.

¹⁶ P. Robert, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, t. 5 (Paris: Société du nouveau Littre, *Le Grand Robert*, 1972), at p. 503.

l’exécution des deux catégories de fonctions qui lui sont confiées.

... si l’on considère l’article 3(8) isolément, il appert qu’il faut la participation d’au moins trois de ses membres pour que la Commission exerce son pouvoir de «faire une déclaration valide» accueillant ou rejetant l’appel . . .

L’avocat du procureur général du Canada prétend que la lecture conjuguée de l’article 21(1) de la *Loi d’interprétation* et de l’article 3(8) de la *Loi sur la Commission du tarif* suffit à nous convaincre de l’obligation de répondre par l’affirmative à la question posée par la Commission à la Cour. Selon lui, si nous comprenons bien, l’article 3(8) donne à trois membres au moins le pouvoir de juger l’appel, alors que l’article 21(1) autorise «une majorité d’entre [eux]» à le faire. À notre avis, on ne saurait se servir de l’article 21(1) pour modifier une disposition prévoyant un «quorum» requis dans un cas particulier. Bien que nous reconnaissions qu’une interprétation littérale du paragraphe n’interdise pas de lui donner le sens que veut lui donner l’avocat, les termes employés ayant une portée suffisamment large, il nous semble que l’article 21(1) ne vise que les cas d’exercice du pouvoir légal par un quorum légal; il a pour effet de faire de la décision de la «majorité» la décision du groupe. [Mes soulèvements.]

En 1977¹⁵, par suite de cette interprétation et dans le but d’éviter les conséquences dévastatrices qu’aurait la violation des règles applicables au quorum dans des circonstances spéciales où la Commission se trouverait dans l’impossibilité concrète de fonctionner, le législateur adopta le paragraphe 3(8.1), qui est analogue au paragraphe 6(2) actuellement en vigueur. Cette disposition n’est pas loin de définir ce que devrait être l’acte final de la «participation», lorsqu’elle dit, dans la version anglaise de la Loi: «unable or unwilling to take part in the making of any order». La version française de ce passage est plus explicite: «se révèle incapable ou refuse de participer au prononcé d’une ordonnance» [soulèvements ajoutés], le mot «prononcé» signifiant «prendre ou faire connaître une décision; selon les formes requises, en vertu des pouvoirs dont on dispose»¹⁶. Il me semble que le paragraphe 6(2) traite de la question du quorum au moment de l’exercice de ce qui constitue

¹⁵ *Loi correctrice de 1977*, S.C. 1976-77, chap. 28, art. 43.

¹⁶ P. Robert, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, t. 5 (Paris: Société du nouveau Littre, *Le Grand Robert*, 1972), à la p. 503.

of the issue and, according to the French text, the issuance of the decision.¹⁷

It is clear, therefore, that at least three members must participate in the exercise by the Board of the power attributed to it by subsection 47(3) of the *Customs Act*¹⁸ to "make" (the) "order" ("*rendre l'ordonnance*") under attack. The question narrows down, really, to that of defining what "participation" means: was the decision issued by the Board on September 14, 1988 "participated" in by member Beauchamp? If not, the late "participation" of member Beauchamp, on September 21, 1988, could not validate the decision issued by the Board on September 14, 1988, for the Board, in rendering that decision, however vitiated, would have exhausted its jurisdiction and could not regain it, nor validate its earlier decision, by having the third member of the panel participate afterwards.¹⁹

¹⁷ Strangely enough, there is very little uniformity in the provisions used by Parliament where statutes allow for decisions to be taken by less than the minimum number otherwise required. The cause for non-participation varies from being dead, unable or unwilling (*Canadian International Trade Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47, s. 9(3)), to being dead or unable (*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 63(2); *Competition Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 12(3); *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 45(3)), to being dead or incapacitated (*National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7, s. 16(2)) and to being absent or unable (*Canadian Environmental Protection Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 16, s. 95). Statutes require the quorum for the giving of the decision (*National Energy Board Act*, *supra*, s. 16(2)), for the giving of the judgment (*Federal Court Act*, *supra*, s. 45(3); *Competition Tribunal Act*, *supra*, s. 12(3)) or for the making of the disposition (*Canadian International Trade Tribunal Act*, *supra*, s. 9(3)). In some cases the required number can be reduced only with the authorization of the chairman of the board (*Canadian International Trade Tribunal Act*, *supra*, s. 9(3)) or with the consent of the parties at the time of the hearing (*Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 29).

¹⁸ R.S.C. 1970, c. C-40.

¹⁹ See *Grillas v. Minister of Manpower and Immigration*, [1972] S.C.R. 577, at pp. 593-594, Pigeon J. Counsel for the respondent did not suggest that the decision of the Board might have been reached on September 21, 1988 rather than on September 14, 1988.

en général le pouvoir ultime d'une commission à l'égard d'une question interlocutoire ou définitive qui lui est soumise, savoir la décision sur la question et, d'après la version française de la disposition, le prononcé de la décision¹⁷.

Il est donc clair que trois membres au moins doivent prendre part à l'exercice, par la Commission, du pouvoir que lui confère le paragraphe 47(3) de la *Loi sur les douanes*¹⁸ de «rendre l'ordonnance» contestée. La question se résume donc en réalité à définir ce que l'on entend par la «participation»: M. Beauchamp a-t-il «participé» à la décision rendue par la Commission le 14 septembre 1988? Dans la négative, la «participation» tardive de M. Beauchamp, le 21 septembre 1988, ne pourrait valider la décision de la Commission datée du 14 septembre 1988, car la Commission, en rendant cette décision, si viciée qu'elle soit, aurait épuisé sa compétence et n'aurait pu la recouvrer, ou valider sa décision antérieure, en faisant participer par la suite le troisième membre du tribunal¹⁹.

¹⁷ Chose curieuse, les dispositions qu'emploie le législateur sont fort peu uniformes dans les lois où il est permis qu'un nombre de personnes inférieur au minimum requis prennent des décisions. Le motif de non-participation varie: empêchement, décès ou refus (*Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 47, art. 9(3)), décès ou incapacité («unable») (*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 63(2); *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), chap. 19, art. 12(3); *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 45(3)), incapacité ou décès («incapacitated») (*Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), chap. N-7, art. 16(2)) et absence ou empêchement (*Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 16, art. 95). Les lois exigent qu'il y ait quorum pour le prononcé de la décision (*Loi sur l'Office national de l'énergie*, précitée, art. 16(2)) pour rendre jugement (*Loi sur la Cour fédérale*, précitée, art. 45(3); *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, précitée, art. 12(3)) ou pour connaître d'une affaire (*Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, précitée, art. 9(3)). Dans certains cas, le nombre requis peut être réduit, mais uniquement avec l'autorisation du président de la Commission (*Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, précitée, art. 9(3)) ou avec le consentement des parties au moment de l'audience (*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), chap. S-26, art. 29).

¹⁸ S.R.C. 1970, chap. C-40.

¹⁹ Voir *Grillas c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1972] R.C.S. 577, aux p. 593 et 594, le juge Pigeon. L'avocat de l'intimé n'a pas dit que la décision de la Commission a pu être prise le 21 septembre 1988 plutôt que le 14 septembre 1988.

The "explanation"

To explain what appears to have happened, counsel for the appellant invited us to look at the explanation set forth by member Beauchamp in a subsequent Board decision.²⁰ Counsel recognized that such an explanation, unsupported by any affidavit, would not normally constitute proper evidence but he argued that there were, in the case at bar, unusual circumstances which can be described as follows:

– First, counsel for the respondent did not argue that it was inadmissible evidence and recognized orally before the Court that the Board was experiencing serious internal problems at the time;

– Second, that evidence is found in an official document originating from that same Board whose actions are being challenged and which was in a position to contradict it had that been its intention;

– Third, it is so unusual for that kind of evidence to come out from decision-making bodies that the usual rules of evidence should not be applied too strictly.

I am very conscious that where one is dealing with the integrity of the decision-making process, it would be a self-serving mistake for courts reviewing that process in a given case to seek on technical grounds to avoid facing the issue. On the other hand, precisely because one is dealing with a process that goes to the heart of our democratic institutions and which is particularly vulnerable to unfair and untrue allegations, it would be as serious a mistake for courts to be satisfied with innuendos whose foundations cannot be properly verified. The rule that evidence is to be provided by affidavits is not a mere question of technicality; it ensures that no one is hurt by allegations which one does not have a chance to challenge.

The explanation, here, is found in the dissenting reasons filed in a subsequent decision, at a time when the case was closed and when the majority of the

²⁰ *Jagenberg of Canada Ltd. and Deputy M.N.R. (Customs and Excise) and Repap Enterprises Corp. Inc., Intervenant* (1988), 17 C.E.R. 296 (Tar. Bd.).

L'«explication»

Pour expliquer ce qui semble s'être produit, l'avocat de l'appelante nous a demandé d'examiner l'explication qu'a donnée M. Beauchamp dans une décision subséquente de la Commission²⁰. L'avocat a reconnu qu'une telle explication, sans affidavit à l'appui, ne constituerait normalement pas une preuve suffisante, mais il a fait valoir qu'il y avait en l'espèce des circonstances inhabituelles:

– Premièrement, l'avocat de l'intimé n'a pas soutenu qu'il s'agissait d'une preuve inadmissible et a reconnu verbalement devant la Cour que, à l'époque, la Commission était aux prises avec de sérieux problèmes internes;

– deuxièmement, la preuve se trouve dans un document officiel qui émane de la même commission dont on conteste les mesures, commission qui aurait pu contredire cette preuve si telle avait été son intention;

– troisièmement, il est si peu courant que ce genre de preuve émane d'organismes décisionnels qu'il y aurait lieu de ne pas appliquer de façon trop stricte les règles de preuve habituelles.

Je suis bien conscient que lorsque l'on a affaire à l'intégrité du processus décisionnel, les tribunaux qui examinent ce processus dans une affaire donnée serviraient bien mal leurs intérêts s'ils tentaient d'éviter de faire face au problème en invoquant des motifs techniques. Par contre, précisément parce que l'on a affaire à un processus qui va au cœur de nos institutions démocratiques et qui est particulièrement vulnérable à des allégations injustes et fallacieuses, les tribunaux se tromperaient tout aussi gravement s'ils se satisfaisaient d'insinuations dont les fondements ne peuvent être vérifiés convenablement. La règle voulant que les éléments de preuve soient fournis par affidavit n'est pas une simple question d'ordre technique: elle permet de s'assurer que nul n'est blessé par des allégations qu'il n'a pas la chance de pouvoir contester.

Dans l'affaire qui nous occupe ici, l'explication se trouve dans les motifs dissidents qui ont été exposés dans une décision subséquente, à un moment où l'af-

²⁰ *Jagenberg of Canada Ltd. and Deputy M.N.R. (Customs and Excise) and Repap Enterprises Corp. Inc., Intervenant* (1988), 17 C.E.R. 296 (Tar. Bd.).

Board members were no longer in a position to reply and explain their side of the story. The explanation is not supported by affidavit and its veracity cannot therefore be tested. This Court simply cannot take for granted assertions that the Board cannot challenge in the usual way, i.e. by cross-examining the author of the allegation. The appellant would want this Court to reverse the onus of proof and impose on the respondent the burden of responding to an assault which remains unsubstantiated. No authority has been quoted to us, and I have found none, that allows for a relaxation of the affidavit rules in the way suggested by the appellant. On the contrary, I find that affidavits were filed in cases where the jurisdiction of a board or a court was challenged in a somewhat similar fashion.²¹ I would apply to the majority of the Board these comments made by Dickson C.J. with respect to judges, in *Société des Acadiens*:²²

In the absence of any clear evidentiary basis for the appellants' allegations of incompetence, I do not think we can find in their favour. In cases such as these, it is my view that we must presume good faith on the part of judges.

I therefore hold that the so-called explanation given by member Beauchamp is not admissible evidence.

Without that evidence, the appellant is in no position to establish that the dissenting member did not participate in the decision. His name appears on the face of the decision. The secretary of the Board informed the parties that his opinion was forthcoming and, indeed, his very lengthy opinion was forwarded a week later, which did not allude to the problems he would identify in a later opinion. It might have been an unusual way to issue a decision, but again we have no evidence whatsoever as to how

²¹ See *Canadian Cable Television Assn. v. American College Sports Collective of Canada, Inc.*, [1991] 3 F.C. 626 (C.A.); *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282, at p. 318; *Doyle v. Restrictive Trade Practices Commission*, [1985] 1 F.C. 362 (C.A.), at p. 373; *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 pp. 569 and 581; *Kane v. Board of Governors (University of British Columbia)*, [1980] 1 S.C.R. 1105, at pp. 1111-1112.

²² *Supra*, note 21, at pp. 569-570.

faire était classée et où la majorité des membres du tribunal n'étaient plus en mesure de répondre et de donner leurs versions des faits. Aucun affidavit n'étaye l'explication, et la véracité de cette dernière ne peut donc être vérifiée. La Cour ne peut tout simplement pas tenir pour acquises des affirmations que la Commission ne peut contester de la manière habituelle, c'est-à-dire en contre-interrogeant l'auteur de l'allégation. L'appelante voudrait que la Cour renverse le fardeau de la preuve et oblige l'intimé à répondre à une attaque qui ne s'appuie sur rien. Aucun précédent ne nous a été cité, et je n'en ai trouvé aucun, qui permette d'assouplir les règles régissant les affidavits de la façon que propose l'appelante. Au contraire, des affidavits ont été produits dans des causes où l'on contestait d'une manière assez semblable la compétence d'une commission ou d'un tribunal²¹. J'appliquerais à la majorité du tribunal les propos suivants du juge en chef Dickson au sujet des juges, dans l'affaire *Société des Acadiens*²²:

En l'absence d'une preuve manifeste à l'appui des allégations d'incompétence formulées par les appelantes, je ne crois pas que nous puissions statuer en leur faveur. À mon avis, il nous faut, dans des cas comme celui-ci, présumer que les juges ont agi de bonne foi.

Je conclus donc que la prétendue explication qu'a donnée M. Beauchamp ne constitue pas une preuve admissible.

Sans cette preuve, l'appelante n'est pas en mesure d'établir que le membre dissident n'a pas participé à la décision. Son nom figure à la première page de la décision. Le secrétaire de la Commission a avisé les parties que le membre donnerait sous peu son opinion et, effectivement, sa très longue opinion, où il ne fit pas allusion aux difficultés qu'il allait mentionner dans une opinion ultérieure, fut transmise une semaine plus tard. Il s'agit peut-être là d'une façon inhabituelle de rendre une décision, mais nous

²¹ Voir *Assoc. canadienne de télévision par câble c. American College Sports Collective of Canada, Inc.*, [1991] 3 C.F. 626 (C.A.); *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282, à la p. 318; *Doyle c. Commission sur les pratiques restrictives du commerce*, [1985] 1 C.F. 362 (C.A.), à la p. 373; *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, aux p. 569 et 581; *Kane c. Conseil d'administration (Université de la Colombie-Britannique)*, [1980] 1 R.C.S. 1105, aux p. 1111 et 1112.

²² Précitée, note 21, aux p. 569 et 570.

decisions of the Board are normally issued. On the facts of the case, I agree with counsel for the respondent that "a mere delay in the issuance of dissenting reasons should not affect the jurisdiction of the Board nor lead necessarily to the conclusion that Member Beauchamp had not participated in the decision".²³

n'avons aucune preuve de la manière dont la Commission procède habituellement. Au vu des faits de l'espèce, je suis d'accord avec l'avocat de l'intimé [TRADUCTION] qu'«un simple retard dans la présentation des motifs de dissidence ne devrait pas avoir d'effet sur la compétence de la Commission ou mener nécessairement à la conclusion que le membre dissident, M. Beauchamp, n'avait pas participé à la décision»²³.

THE ISSUE OF CLASSIFICATION

The second issue raised by the appellant is that of a reviewable error in the Board's decision.

LA QUESTION DU CLASSEMENT TARIFAIRE

Le second point qu'a soulevé l'appelante est celui de l'existence d'une erreur susceptible de révision dans la décision de la Commission.

The appeal to this Court is brought pursuant to the provisions of the former *Customs Act*²⁴ and by the terms of subsection 48(1) of that statute, is limited to a question of law. Counsel for the respondent relied on the decisions of this Court in *Deere (John) v. Minister of National Revenue (Customs and Excise)*,²⁵ *Digital Equipment of Canada Ltd. and Deputy M.N.R. (Customs and Excise)*²⁶ and *Foxboro Canada Inc. and Deputy M.N.R. (Customs and Excise) et al.*,²⁷ to invite us not to intervene with what were, in his view, findings of fact clearly open to the Board on the evidence and to defer to the opinion of a specialized tribunal.

L'appel dont la présente Cour est saisie est interjeté en vertu des dispositions de l'ancienne *Loi sur les douanes*²⁴ et, d'après les termes du paragraphe 48(1) de cette dernière, il se limite à une question de droit. L'avocat de l'intimé s'est fondé sur les décisions qu'a rendues la Cour dans les affaires *Deere (John) c. Ministre du Revenu national (Douanes et Accise)*²⁵; *Digital Equipment of Canada Ltd. et Sous-ministre du Revenu national (Douanes et Accise)*²⁶ et *Foxboro Canada Inc. and Deputy M.N.R. (Customs and Excise) et al.*²⁷, pour nous demander de ne pas nous interposer dans ce qui constitue, à son avis, des conclusions de fait qui ressortissent manifestement à la Commission d'après la preuve et de nous en remettre à l'opinion d'un tribunal spécialisé.

The relevant tariff items read as follows:

Les numéros tarifaires applicables sont les suivants:

Electronic data processing machines and apparatus; peripheral equipment for use therewith including data entry, data preparation and data handling machines and apparatus; accessories and attachments for use therewith; parts of all the foregoing; none of the foregoing to include telephone and telegraph apparatus and parts thereof:

Machines électroniques de traitement de l'information et leurs appareils; le matériel périphérique qui leur est destiné, y compris les machines et les appareils d'introduction, de préparation et de manipulation des données; les accessoires qui leur sont destinés; leurs pièces; rien de ce qui précède doit y inclure les appareils de téléphone et de télégraphe et leurs pièces:

²³ Memorandum of fact and law of the respondent, at p. 9.

²⁴ R.S.C. 1970, c. C-40, as amended.

²⁵ (1990), 107 N.R. 137 (F.C.A.).

²⁶ (1988), 13 C.E.R. 343 (F.C.A.).

²⁷ (1987), 12 C.E.R. 118 (Tar. Bd.).

²³ Exposé des points de fait et de droit de l'intimé, à la p. 9.

²⁴ S.R.C. 1970, chap. C-40, dans sa forme modifiée.

²⁵ (1990), 107 N.R. 137 (C.A.F.).

²⁶ (1988), 13 C.E.R. 343 (C.A.F.).

²⁷ (1987), 12 C.E.R. 118 (Tar. Bd.).

41417-1 Other than the following

Electric telephone apparatus and complete parts thereof:

44508-1 *Other than the following*.....

44508-2 *Telephone hand sets, video telephones and telephone intercommunication systems*

44508-3 *Complete parts of all the foregoing*

71100-1 All goods not enumerated in this schedule as subject to any other rate of duty, and not otherwise declared free of duty, and not being goods the importation whereof is by law prohibited.....

With respect, it is my view that the majority of the Board erred in law by introducing extraneous elements into the common or ordinary meaning of the words "telephone apparatus" as used in the Tariff.²⁸ In the following passages of its decision,

The imported goods are advertised, promoted and sold as computerized business telephone systems and as voice and data business communications systems. Voice and other data are transmitted over the same telephone lines that originally were dedicated to voice only and voice lines connected to computerized PBX systems vastly outnumber connections for other kinds of data. There can be no doubt that the entire system is telephone apparatus and that the imported goods are a component of the telephone system. *The Concise Oxford Dictionary* defines "component" as "contributing to the composition of a whole". The imported goods contribute to the telephone system as a whole in performing the switching operations necessary for the transmission of what I have called the message data.

However, not everything that functions in an electronic mode is electronic data processing apparatus for tariff classification purposes. Increasingly, with advances in modern technology, elements of what might be regarded as electronic data processing apparatus are incorporated as components in a variety of systems and devices that are not designed primarily for the processing of data. It is then necessary to look to the primary purpose of the systems or device into which they are incorporated in order to determine the true description of the goods for classification purposes.

²⁸ *Ingersoll-Rand Door Hardware Canada Inc. and Deputy M.N.R. (Customs and Excise)* (1987), 15 C.E.R. 47 (F.C.A.), at p. 51, Stone J.A.

41417-1 Autres que ce qui suit.....

Appareils électriques de téléphone et leurs pièces achevées:

44508-1 *Autres que ce qui suit*.....

44508-2 *Combinés de téléphone, vidéophones et systèmes téléphoniques d'intercommunication*.....

44508-3 *Pièces achevées de tout ce qui précède*.....

71100-1 Tous les produits non dénommés dans la présente liste comme étant soumis à quelque autre droit, ni autrement déclarés admissibles en franchise, et dont l'importation n'est pas prohibée par la loi

Je suis d'avis, avec tout le respect qui lui est dû, que la majorité du tribunal a commis une erreur de droit en introduisant des éléments étrangers dans le sens habituel ou courant des mots «appareils de téléphone» qui figurent dans le Tarif²⁸. Dans les passages suivants de sa décision,

Les marchandises importées sont annoncées et vendues comme étant des réseaux de téléphone commerciaux informatisés et des réseaux commerciaux de communications téléphoniques et informatiques. La transmission de la voix et d'autres données s'effectue au moyen des lignes téléphoniques qui ont d'abord été destinées uniquement à la transmission de la parole et le nombre des lignes téléphoniques reliées aux autocommutateurs privés informatisés est nettement plus élevé que celui des connexions servant à la transmission des autres types de données. Il ne peut faire aucun doute que le réseau entier correspond à un appareil de téléphone et que les marchandises en cause représentent une composante du réseau téléphonique. D'après la traduction de la définition que donne l'ouvrage *The Concise Oxford Dictionary*, le terme «composante» décrit un «élément qui contribue à la composition d'un ensemble». Les importations en cause contribuent à la composition d'un réseau téléphonique, dans lequel elles réalisent les opérations de connexion nécessaires à la transmission de ce que j'ai appelé la donnée message.

Toutefois, aux fins du classement tarifaire, il ne faut pas considérer comme appareils électroniques de traitement de l'information toutes les marchandises fonctionnant selon un mode électronique. De plus en plus, étant donné l'évolution de la technologie, les éléments d'ensembles pouvant être considérés comme des appareils électroniques de traitement de l'information entrent dans la composition d'une variété de systèmes et de dispositifs qui n'étaient pas conçus principalement aux fins de traitement de données. Il faut donc tenir compte du but premier des systèmes ou des dispositifs dans lesquels ces éléments

²⁸ *Ingersoll-Rand Door Hardware Canada Inc. et Sous-ministre du Revenu national (Douanes et Accise)* (1987), 15 C.E.R. 47 (C.A.F.), à la p. 51, le juge Stone J.C.A.

The subject goods contribute to the telephone system as a whole and are a component of the system; indeed they are essential to its primary purpose which is the transmission of the message data which passes through the system unprocessed. The generation of management reports involving the organization of stored information is, in my view, an ancillary use of the goods and such incidental use does not determine tariff classification. The imported goods are telephone apparatus and as such are excluded from classification as electronic data processing apparatus in tariff item 41417-1 by the exclusionary clause of that item.

As to whether they are also telephone intercommunication systems in tariff item 44508-2 or complete parts thereof in 44508-3, the evidence is that "intercommunication systems" means intercoms and nothing else. There having been no different evidence adduced or standard dictionary or scientific definitions cited to the contrary, that is conclusive of the matter for purposes of this appeal and they cannot be classified there. (A.B., at pp. 61-62.)

the majority of the Board has interpreted the words "telephone apparatus" as if they read "telephone system" and even went out of its way to interpret the word "component" which is nowhere to be found in the tariff items being considered. In finding that "There can be no doubt that the entire system is telephone apparatus and that the imported goods are a component of the telephone system", the majority of the Board is in fact concluding that a "system" is an "apparatus", which is an untenable proposition in view, for example, of the wording of tariff item 44508-2 which refers to "telephone intercommunication systems" (my emphasis).

I wish to add that it is clear from the French version that the words "apparatus" ("*appareil*") and "system" ("*système*") are not interchangeable and refer indeed to two very distinct realities.²⁹ This, in my view, is a case where "recourse to the French version disposes entirely of any question of ambiguity in

²⁹ See: *Grand Larousse de la langue française*, t. 1 (Paris, Librairie Larousse, 1971), at p. 202; *Grand Larousse de la langue française*, t. 7 (Paris, Librairie Larousse, 1978), at pp. 5909 and 5974; P. Robert, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française (Le Grand Robert)*, 2nd ed., t. 1 (Paris: Société du nouveau Littre, 1986), at pp. 453-454 and 2nd ed., t. IX, at pp. 115-116 and 204-205.

sont incorporés pour arriver à décrire véritablement ces marchandises aux fins du classement.

Les marchandises en cause sont incorporées dans l'ensemble du réseau téléphonique et elles représentent une composante de ce réseau; il va sans dire qu'elles sont essentielles à leur but premier, qui consiste à transmettre la donnée message qui traverse le réseau sans subir de traitement. Je considère la production de rapports de gestion, qui suppose l'organisation de l'information en mémoire, comme une fonction auxiliaire de ces marchandises; cette fonction ne détermine pas le classement tarifaire. Dans le présent cas, il est question d'appareils de téléphone et, à ce titre, les marchandises sont visées par la clause d'exclusion du numéro tarifaire 41417-1 concernant les appareils électroniques de traitement de l'information.

Quant à déterminer si ces marchandises sont également des systèmes téléphoniques d'intercommunication citées (sic) au numéro 44508-2 ou des pièces achevées de ces systèmes mentionnées au numéro 44508-3, la preuve établit que les «systèmes d'intercommunication» ne désignent strictement que des interphones. Comme aucune preuve ni aucune définition de dictionnaires généraux ou spécialisés n'a été présentée soutenant le contraire, la question est réglée aux fins des appels et le classement ne peut se faire sous ce numéro. (D.A., aux p. 61 et 62.)

la majorité a considéré que les mots «appareils de téléphone» signifiaient «réseau téléphonique» et a même été jusqu'à interpréter le mot «composante» qui ne figure nulle part sous les numéros tarifaires examinés. En concluant que «il ne peut faire aucun doute que le réseau entier correspond à un appareil de téléphone et que les marchandises en cause représentent une composante du réseau téléphonique», la majorité conclut en fait qu'un «réseau» est un «appareil», ce qui est une prétention indéfendable lorsque l'on considère, par exemple, le libellé du numéro tarifaire 44508-2, qui fait référence aux «systèmes téléphoniques d'intercommunication» (mon soulignement).

J'aimerais ajouter qu'il ressort clairement de la version française du document que les mots «appareil» («*apparatus*») et «système» («*system*») ne sont pas interchangeables et désignent bel et bien deux réalités distinctes²⁹. Nous avons affaire ici, d'après moi, à un cas où le «recours à la version française

²⁹ Voir: *Grand Larousse de la langue française*, t. 1 (Paris, Librairie Larousse, 1971), à la p. 202; *Grand Larousse de la langue française*, t. 7 (Paris, Librairie Larousse, 1978), aux p. 5909 et 5974; P. Robert, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française (Le Grand Robert)*, 2^e éd., t. 1 (Paris: Société du nouveau Littre, 1986), aux p. 453 et 454 et 2^e éd., t. IX, aux p. 115 et 116 et aux p. 204 et 205.

the statute".³⁰ As pointed out by Beaupré, in *Interpreting Bilingual Legislation*:³¹

... based on the rule of equal authenticity of French and English versions, a clear version of the law will normally resolve any doubt residing in an ambiguous one, and the context of a provision will normally resolve any difference between its two versions.

When one is dealing with the definition of words in a tariff whose purpose is to distinguish between hundreds of technical items, preference should be given to that version which is clear and unambiguous.

Counsel for the respondent, relying on the decision of this Court in *John Deere Limited*,³² argued that the majority of the Board made no mistake in considering the use to which the subject goods are designed to be put in order to find the proper classification. The problem, here, is that the majority did much more than consider the use of the subject goods, it confused that use with the subject goods and classified the latter as if they were a telephone system, which obviously they are not. Further, in concluding that "components" of the "telephone system" are "telephone apparatus" even when these components transmit data in addition to voices, the majority of the Board ignored the case law³³ and the definition in ordinary and technical dictionaries of the word "telephone" which unanimously relate "telephone" to transmission of sounds or voices only.

Also, by concluding, very briefly, that

Because the telephone system, including the subject goods, is powered by electricity and is in part electronic within the genus of electric, the goods have been classified correctly by the respondent in tariff item 44508-1 as electric telephone apparatus. (A.B., at p. 63.)

³⁰ *Cardinal v. R.*, [1980] 1 F.C. 149 (T.D.), at p. 153, Mahoney J.

³¹ 2nd ed. (Toronto, Carswell, 1986), at p. 153.

³² *Supra*, note 25.

³³ See *R. v. Brislan; Ex parte Williams* (1935), 54 C.L.R. 262 (H.C. Aust.), at p. 270, Latham C.J.; *Rex v. Gignac*, [1934] O.R. 195 (H.C.), at p. 204, Armour J.; *The Attorney General v. Edison Telephone Company of London* (1880), 6 Q.B. 244 (Ex. D.), at p. 245, Stephen J.

règle de façon absolue toute question d'ambiguïté dans le libellé du texte de loi». ³⁰ Ainsi que l'a fait remarquer Beaupré, dans son ouvrage intitulé *Interprétation de la législation bilingue*³¹:

... fondée sur la règle d'égalité entre les versions française et anglaise, une version précise de la loi dissipera normalement tout doute entachant une version ambiguë et que le contexte d'une disposition résoudra normalement toute différence entre les deux versions.

Lorsque l'on a affaire à la définition de certains termes d'un tarif qui a pour objet de faire la distinction entre des centaines d'articles techniques, il faudrait utiliser de préférence la version qui est claire et non ambiguë.

S'appuyant sur la décision que la présente Cour a rendue dans l'affaire *John Deere Limited*³², l'avocat de l'intimé a fait valoir que la majorité de la Commission ne s'est pas trompée en examinant l'usage auquel les produits (ou marchandises) en question sont destinés afin de déterminer le classement qui convient. Le problème est que la majorité a fait beaucoup plus qu'examiner l'usage des produits en question; elle a confondu cet usage avec les produits eux-mêmes et les a classés comme s'ils étaient un réseau téléphonique, ce qu'ils ne sont manifestement pas. De plus, en concluant que les «composantes» du «réseau téléphonique» sont des «appareils de téléphone», même quand ces composantes transmettent des données en plus de la voix, la majorité de la Commission n'a pas tenu compte de la jurisprudence³³ et de la définition que donnent les dictionnaires techniques et généraux du mot «téléphone» qui, dans tous les cas, lie ce dernier à la transmission de sons ou de la voix uniquement.

En outre, en concluant, très brièvement, que

Un réseau téléphonique, comportant les marchandises en cause, est à la fois électrique et électronique, mais surtout électrique; les importations ont été classées correctement par l'intimé sous le numéro tarifaire 44508-1 en tant qu'appareils électriques de téléphone. (D.A., à la p. 63.)

³⁰ *Cardinal c. R.*, [1980] 1 C.F. 149 (1^{re} inst.), à la p. 153, le juge Mahoney.

³¹ *Wilson & Lafleur Ltée*, Montréal, 1986, à la p. 189.

³² Précitée, note 25.

³³ Voir *R. v. Brislan; Ex parte Williams* (1935), 54 C.L.R. 262 (H.C. Aust.), à la p. 270, le juge en chef Latham; *Rex v. Gignac*, [1934] O.R. 195 (H.C.), à la p. 204, le juge Armour; *The Attorney General v. Edison Telephone Company of London* (1880), 6 Q.B. 244 (Ex. D.), à la p. 245, le juge Stephen.

the majority of the Board, in addition to referring again to the "telephone system", erred in law in ignoring Parliament's intent, the case law and the technical and ordinary dictionary definitions in its interpretation of the words "electric" and "elec-

The use by Parliament of the words "electronic" and "electric" in different customs tariff items indicates that Parliament intended that the two words refer to different goods. The Tariff has always clearly distinguished between "electronic" goods and "electric" goods. Tariff item 44508-1 was first enacted in 1886 and was amended as recently as 1984 and always used the word "electric". If Parliament had intended, with the development of modern technology, to extend the meaning of "electric" so that it would cover also "electronic" goods, it had ample opportunities to do so, and yet it refrained from doing so, though it did, in 1980, choose to add the qualifying adjective "electronic" to "data processing machines and apparatus" when it enacted Tariff Item 41417-1.

The case law also recognizes a clear distinction between "electronic" and "electric" goods. In *General Datacomm Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise*,³⁴ the Board rejected the very argument that was accepted by the majority of the Board in the case at bar and held that modems were electronic devices used in conjunction with computer systems and classified modems, data sets, data couplers and multiplexers as peripherals for "electronic data processing apparatus" (41417-1) rather than as "electric telephone apparatus" (44508-1).³⁵

³⁴ (1984), 9 TBR 78.

³⁵ See also *Wang Laboratories (Canada) Limited v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise* (1971), 5 TBR 119; *Reference/Appeal 1907* (1983), 8 TBR 587; *Waltham Watch Company of Canada Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise* (1984), 9 TBR 388 affd A-208-85, F.C.A., Nov. 18, 1987 [not reported]; *Nevco Scoreboard Co. Ltd. and Deputy M.N.R. (Customs and Excise)*

la majorité de la Commission, en plus de faire référence de nouveau au «réseau téléphonique», a commis une erreur de droit en ne tenant pas compte de l'intention du législateur, de la jurisprudence et des définitions de dictionnaires techniques et généraux dans son interprétation des mots «électrique» et «électronique».

L'emploi que fait le législateur des mots «électronique» et «électrique» sous différents numéros tarifaires des douanes dénote qu'il voulait que les deux mots désignent des produits différents. Le Tarif a toujours fait une distinction claire entre les produits «électroniques» et les produits «électriques». Le numéro tarifaire 44508-1 a été adopté pour la première fois en 1886 et modifié pas plus tard qu'en 1984; on y a toujours employé le mot «électrique». Si le législateur avait envisagé, vu les progrès de la technique moderne, d'étendre le sens du mot «électrique» pour qu'il englobe également les produits «électroniques», il a eu amplement l'occasion de le faire; pourtant il ne l'a pas fait, encore qu'il ait décidé, en 1980, d'ajouter l'adjectif qualificatif «électronique» à l'expression «machines de traitement de l'information et leurs appareils» au moment d'adopter le numéro tarifaire 41417-1.

La jurisprudence reconnaît aussi qu'il existe une distinction claire entre les produits «électroniques» et les produits «électriques». Dans l'affaire *General Datacomm Ltd. c. Sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l'accise*³⁴, la Commission a rejeté l'argument même qu'a accepté la majorité de la Commission en l'espèce et conclu que les modems sont des dispositifs électroniques utilisés de pair avec des systèmes informatiques et a classé les modems, les ensembles de données, les coupleurs et les multiplexeurs comme du matériel périphérique destiné aux «machines électroniques de traitement de l'information» (41417-1) plutôt que comme des «appareils électriques de téléphone» (44508-1)³⁵.

³⁴ (1984), 9 RCT 78.

³⁵ Voir aussi *Wang Laboratories (Canada) Limited c. Sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l'accise* (1971), 5 RCT 119; *Renvoi/appeal 1907* (1983), 8 RCT 587; *Waltham Watch Company of Canada Ltd. c. Sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l'accise* (1984), 9 RCT 388, confirmé par A-208-85, C.A.F., le 18 novembre 1987 [inédit]; *Nevco Scoreboard Co. Ltd. et Sous-ministre du*

Technical and ordinary dictionary definitions also clearly distinguish between "electric" and "electronic".

The respondent has admitted throughout the proceedings that the CBX's are clearly electronic. The majority of the Board has also found as a fact that the CBX's are electronic. It was not therefore open to the majority of the Board to hold that the electronic CBX's were "electric" goods as that word is used in the Tariff.

As a result, the subject goods do not fall within the exclusion clause in the heading to tariff item 41417-1, (namely, "none of the foregoing to include telephone and telegraph apparatus and parts thereof") nor within tariff item 44508-1 (namely, "Electric telephone apparatus") and have been correctly found by the dissenting member to be both electronic data processing apparatus and peripherals of such apparatus classifiable under the tariff item 41417-1.

While the Court owes deference to the opinion of a specialized tribunal, it is by no means bound by that opinion. In the instant case the interpretation of the majority cannot be supported by the statute, by the legislative history of that statute and by the Board's own jurisprudence. There is here an error of law which stands to be corrected by this Court sitting in appeal of the Board decision.

DISPOSITION

I would allow the appeal, set aside the decision appealed from and determine that the models VSCBX, CBX II 8000 and CBX II 9000 of the Rolm voice and data business communications systems imported from the United States of America in 1985 and 1986 on dates and under Toronto entry numbers set out in schedules to the letters of decision of the respondent should have been classified by the respondent in the tariff item 41417-1 as electronic data

(Continued from previous page)

and Rotomatic Display Products Ltd. (1986), 12 C.E.R. 88 (Tar. Bd.).

Les définitions que l'on peut trouver dans les dictionnaires techniques et généraux font aussi une distinction claire entre les mots «électrique» et «électronique».

L'intimé a admis pendant toute la durée des procédures que les CBX sont clairement des appareils électroniques. La majorité de la Commission a aussi tiré la même conclusion de fait. Elle ne pouvait donc conclure que les appareils CBX électroniques étaient des produits «électriques» selon l'emploi qui est fait de ce mot dans le Tarif.

En conséquence, les produits en question ne tombent pas sous le coup de la clause d'exclusion que comporte l'intitulé du numéro tarifaire 41417-1 («rien de ce qui précède doit y inclure les appareils de téléphone et de télégraphe et leurs pièces») ou du numéro tarifaire 44508-1 («Appareils électriques de téléphone»); le membre dissident a déterminé avec juste raison que lesdits produits constituent à la fois des machines électroniques de traitement de l'information et le matériel périphérique qui leur est destiné, lesquels sont à classer sous le numéro tarifaire 41417-1.

La Cour se doit de respecter l'avis d'un tribunal spécialisé, mais elle n'est nullement liée par cet avis. Dans la présente affaire, la loi, son origine législative et la propre jurisprudence de la Commission n'étaient pas l'interprétation qu'a faite la majorité. Nous avons affaire ici à une erreur de droit que la présente Cour, siégeant en appel de la décision de la Commission, se doit de rectifier.

DÉCISION

Je suis d'avis de faire droit à l'appel, d'infirmer la décision frappée d'appel et de juger que les modèles VSCBX, CBX II 8000 et CBX II 9000 des systèmes commerciaux de communications téléphoniques et numériques de la société Rolm, qui ont été importés des États-Unis d'Amérique en 1985 et 1986 aux dates et sous les numéros de déclaration (à Toronto) indiqués dans les annexes accompagnant les lettres de décision de l'intimé, auraient dû être classés par cette

(Suite de la page précédente)

Revenu national (Douanes et Accise) et Rotomatic Display Products Ltd. (1986), 12 C.E.R. 88 (C.T.).

processing apparatus and peripherals of such apparatus.

HEALD J.A.: I agree.

LINDEN J.A.: I agree.

dernière sous le numéro tarifaire 41417-1 comme «machines électroniques de traitement de l'information et matériel périphérique qui leur est destiné».

a LE JUGE HEALD, J.C.A.: J'y souscris.

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Je suis d'accord.

T-2425-88

James Egan and John Norris Nesbit (Plaintiffs)

v.

Her Majesty the Queen in Right of Canada (Defendant)*INDEXED AS: EGAN v. CANADA (T.D.)*

Trial Division, Martin J.—Vancouver, May 28; Ottawa, December 2, 1991.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Under Old Age Security Act spousal allowance payable to pensioner's "spouse" — "Spouse" defined as person living with person of opposite sex if they have represented themselves as husband and wife — Plaintiffs living together in long-term homosexual relationship — Application for allowance denied as not "spouse" — Legislation creating distinction as homosexual couples denied financial benefits accorded to heterosexual couples — Discrimination based neither on sex nor sexual orientation — Definition of "spouse" affecting both sexes engaged in homosexual relationships — Distinction between spouses and non-spouses — Intention to benefit persons in traditional spousal relationship without which society could not exist — Homosexual couples treated same as other non-spousal couples living together.

Practice — Parties — Standing — Homosexual couple challenging Old Age Security Act provisions for payment of spousal allowance as contrary to Charter, s. 15 — Spousal allowance denied as not "spouse" — Plaintiff receiving more in combined federal and provincial benefits due to disability than would have received under spousal allowance — Crown arguing lack of standing as no detriment resulting from legislation — As directly affected by interpretation of "spouse", plaintiffs having standing — Although seeking to establish rights of homosexual couples generally, alleging infringement of own Charter rights.

Health and welfare — Payment of spousal allowance under Old Age Security Act denied to homosexual residing with long-term partner as not "spouse" — Whether discrimination based on sex or sexual orientation, contrary to Charter, s. 15 — Plaintiffs having standing although benefits received higher under other programs than if treated as spouse i.e. no adverse effect — Although legislation creating distinction as homosexual couples denied financial benefits accorded heterosexual couples, discrimination based neither on sex nor sexual orien-

T-2425-88

James Egan et John Norris Nesbit (demandeurs)

c.

Sa Majesté la Reine du chef du Canada (défenderesse)*RÉPERTORIÉ: EGAN c. CANADA (1^{re} INST.)*

Section de première instance, juge Martin—Vancouver, le 28 mai; Ottawa, le 2 décembre 1991.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Sous le régime de la Loi sur la sécurité de la vieillesse, le «conjoint» du pensionné a droit à l'allocation de conjoint — «Conjoint» s'entend de la personne de sexe opposé qui vit avec une autre personne, les deux se présentant publiquement comme mari et femme — Les demandeurs sont engagés depuis longtemps dans une union homosexuelle — Demande d'allocation rejetée parce que le demandeur n'est pas un «conjoint» — La Loi en cause crée une distinction puisque les couples homosexuels se voient refuser des prestations accordées aux couples hétérosexuels — La discrimination n'est fondée ni sur le sexe ni sur les tendances sexuelles — La définition du mot «conjoint» intéresse à la fois les hommes et les femmes engagés dans une union homosexuelle — Distinction entre conjoints et non-conjoints — Le législateur entendait accorder le bénéfice du régime aux personnes qui forment l'union conjugale traditionnelle dont la société dépend pour sa survie — Couples homosexuels traités sur le même pied que les autres couples de non-conjoints qui vivent ensemble.

Pratique — Parties — Qualité pour agir — Un couple d'homosexuels se fonde sur l'art. 15 de la Charte pour contester les dispositions relatives à l'allocation de conjoint de la Loi sur la sécurité de la vieillesse — Le demandeur s'est vu refuser l'allocation de conjoint parce qu'il n'est pas un «conjoint» — Le demandeur recevait plus en prestations fédérales et provinciales combinées en raison de son état de santé qu'il n'en aurait reçu sous le régime de l'allocation de conjoint — La Couronne soutient que les demandeurs n'ont pas qualité pour agir puisqu'ils n'ont subi aucun préjudice par suite de la loi en cause — Les demandeurs ont qualité pour agir parce qu'ils sont directement affectés par l'interprétation du mot «conjoint» — Bien qu'ils cherchent à faire reconnaître, sur le plan des principes, les droits des couples homosexuels, ils font valoir l'atteinte à leurs droits que garantit la Charte.

Santé et bien-être social — Refus d'accorder l'allocation de conjoint prévue par la Loi sur la sécurité de la vieillesse à un homosexuel vivant depuis longtemps avec un partenaire, par ce motif qu'il n'est pas un «conjoint» — Il échet d'examiner s'il y a discrimination fondée sur les tendances sexuelles, en violation de l'art. 15 de la Charte — Les demandeurs ont qualité pour agir bien qu'ils aient reçu, dans le cadre d'autres programmes, des prestations supérieures à ce qu'ils auraient touché sous le régime de l'allocation de conjoint, ce qui signifie

tation — Legislation intended to benefit those in conventional spousal relationship upon which society depends.

This was an application for a declaration that the definition of "spouse" in *Old Age Security Act*, section 2 discriminates against the plaintiffs on the basis of sex or sexual orientation contrary to Charter, section 15; for an order under Charter, section 24 amending the *Old Age Security Act* by removing all references to gender or by amending the definition of "spouse" in section 2 to include partners in same sex relationships; and for an order directing the defendant to pay the spousal benefit allowance from the date of application therefor. Under the *Old Age Security Act*, a "monthly spouse's allowance" is payable to a pensioner's "spouse", which is defined as a member of the opposite sex living with the pensioner if they have publicly represented themselves as husband and wife. The plaintiffs are homosexuals who have resided together since 1948. They share joint bank accounts, credit cards and property ownership. They have appointed each other as their respective executors and beneficiaries under their wills. They have always travelled and holidayed together and publicly exchanged rings, but have never gone through a marriage ceremony and do not introduce themselves as a married couple. They refer to themselves as partners. In 1986 plaintiff Egan received old age security and guaranteed income supplement benefits. Nesbit's application for spousal allowance was denied on the basis that he was not Egan's spouse. Nesbit has actually received more in benefits under other programs, for which he qualified due to medical problems which prevented him from working, than he would have received had he been treated as a "spouse". The defendant argued that the plaintiffs lack standing as persons whose rights and freedoms may have been infringed contrary to Charter, section 24 because they have not suffered any adverse effects as a result of the alleged unconstitutionality of the challenged law.

Held, the application should be dismissed.

The plaintiffs have standing to bring this action. The fact that they received payments in excess of those which they would have received under the federal spouse's allowance was not relevant to the question of their entitlement. The question was not whether they were receiving higher payments by claiming as single persons, but whether they were deprived of benefits under the federal program. There have been conflicting interpretations by the courts of "spouse", so that there is a serious issue as to the validity of interpreting it to exclude a single sex couple. The denial of benefits because of the defendant's interpretation of "spouse" directly affected the plaintiffs. They are interested in the validity of that interpreta-

qu'ils n'ont subi aucun préjudice — Bien qu'il y ait distinction puisque la Loi refuse aux couples homosexuels des prestations accordées aux couples hétérosexuels, cette discrimination n'est fondée ni sur le sexe ni sur les tendances sexuelles — Le législateur entendait accorder le bénéfice du régime aux personnes qui forment l'union conjugale traditionnelle dont la société dépend pour sa survie.

Les demandeurs concluent à jugement déclarant que la définition du mot «conjoint» qui figure à l'article 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* constitue à leur égard une mesure discriminatoire fondée sur le sexe ou sur les tendances sexuelles, en violation de l'article 15 de la Charte; à ordonnance portant, en application de l'article 24 de la Charte, modification de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* par suppression de toute mention de genre ou par modification de la définition du mot «conjoint» figurant à l'article 2 de façon à y inclure les partenaires engagés dans une union de personnes de même sexe; et à ordonnance portant obligation pour la défenderesse de verser l'allocation de conjoint à compter de la date de la demande. La *Loi sur la sécurité de la vieillesse* prévoit le versement d'une «allocation mensuelle» au «conjoint» du pensionné, lequel conjoint est défini comme une personne de sexe opposé qui vit avec le pensionné, les deux se présentant publiquement comme mari et femme. Les demandeurs sont des homosexuels qui vivent ensemble depuis 1948. Ils ont des comptes bancaires conjoints, et partagent cartes de crédit et autres biens. Ils se sont désignés l'un l'autre leurs exécuteurs testamentaires et légataires respectifs. Ils ont toujours voyagé et passé leurs vacances ensemble et ont publiquement échangé les anneaux de mariage, mais ne sont jamais passés par une cérémonie de mariage et ne se présentent pas comme un couple marié. Ils se présentent comme partenaires. En 1986, le demandeur Egan a commencé à toucher les prestations de sécurité de la vieillesse et de supplément du revenu garanti. La demande faite par Nesbit de l'allocation de conjoint fut rejetée par ce motif qu'il n'était pas le conjoint d'Egan. Nesbit a en fait reçu d'autres programmes, auxquels il était admissible en raison de son état de santé qui l'empêchait de travailler, plus de prestations qu'il n'en aurait reçu s'il avait été considéré comme «conjoint». La défenderesse soutient que les demandeurs n'ayant subi aucun préjudice par suite de l'inconstitutionnalité supposée de la Loi en cause, ils n'ont pas qualité pour agir à titre de personnes dont les droits et libertés ont pu être violés au regard de la Charte.

Jugement: la demande doit être rejetée.

Les demandeurs ont qualité pour agir en l'espèce. Qu'ils aient reçu des prestations supérieures à celles qu'ils auraient touchées au titre de l'allocation de conjoint n'a rien à voir avec la question de leur droit en la matière. Il échet non pas d'examiner s'ils ont reçu des prestations supérieures en qualité de célibataires, mais d'examiner s'ils ont été privés des prestations du régime fédéral. Vu la manière contradictoire dont certaines juridictions ont interprété le mot «conjoint», une question importante se pose quant à la validité d'une interprétation de ce mot telle que les couples de même sexe en sont exclus. Le refus d'accorder les prestations par suite de l'interprétation donnée par la défenderesse du mot «conjoint» a directement

tion. Although the plaintiffs seek to establish the rights of homosexual couples generally to the spouse's allowance, the claim alleges an infringement of their own rights under Charter, section 15 and not the infringement of the Charter-based rights of homosexual couples generally.

To determine whether a law infringes Charter, section 15 one must ask (1) has a distinction been created by law? and (2) if so, does it give rise to discrimination? A distinction is created in that the legislation denies financial benefits to homosexual couples which are accorded to heterosexual couples, but that distinction was based neither upon sex nor sexual orientation. There was no discrimination based on sex because the effect of the legislation was not aimed at a characteristic related to gender. The definition of "spouse" affects both men and women who are engaged in a homosexual relationship. The distinction was not based upon sexual orientation, but is between spouses and non-spouses. The spousal allowance was introduced to alleviate the financial plight of elderly married couples in the common situation that the male breadwinner was retired while his younger wife was not yet eligible for the old age pension and, not having been employed outside the home, had no pension. Parliament intended to benefit spouses as the term is traditionally understood i.e. people of the opposite sex who live together in a conjugal state as husband and wife and form the basic unit of society upon which society depends for its continued existence. The same sex couple is not treated any differently from any other adult couple who live together, but do not publicly represent themselves as husband and wife i.e. relatives or friends. The plaintiffs fall within the general group of non-spouses and do not benefit because of their non-spousal status rather than because of their sexual orientation.

affecté les demandeurs. Ils ont un intérêt dans la validité de cette interprétation. Bien que les demandeurs cherchent à faire reconnaître, sur le plan des principes, les droits des couples d'homosexuels en matière d'allocation de conjoint, leur action vise une violation de leurs propres droits que garantit l'article 15 de la Charte, et non pas la violation des droits des couples d'homosexuels en général, que garantit la Charte.

Pour savoir si une loi donnée contrevient à l'article 15 de la Charte, il faut se demander (1) si cette loi établit une distinction, et (2) dans l'affirmative, si cette distinction est discriminatoire. Il y a distinction parce que la Loi refuse aux couples homosexuels des prestations qu'elle accorde aux couples hétérosexuels, mais cette distinction n'est fondée ni sur le sexe ni sur les tendances sexuelles. Il n'y a pas discrimination fondée sur le sexe puisque la Loi en cause ne vise pas une caractéristique propre à un sexe. La définition de «conjoint» intéresse à la fois les hommes et les femmes engagés dans une union homosexuelle. La distinction n'est pas fondée sur les tendances sexuelles, mais vise à séparer conjoints et non-conjoints. L'allocation de conjoint était destinée à pallier les difficultés financières des couples mariés âgés, dans le cas très commun où l'homme, qui est le soutien de famille, prend sa retraite alors que sa femme, plus jeune, n'est pas encore admissible aux prestations de sécurité de la vieillesse et, n'ayant pas eu un travail rémunérateur à l'extérieur, n'a pas de pension. Le législateur entendait prévoir une prestation aux conjoints au sens où ce terme s'entend traditionnellement, c'est-à-dire aux personnes de sexe opposé qui vivent dans une union conjugale en qualité de mari et femme et forment l'unité fondamentale de la société, qui en dépend pour sa survie. Le couple de même sexe est traité sur le même pied que n'importe quel autre couple d'adultes qui vivent ensemble mais qui ne se présentent pas publiquement comme mari et femme, tels des parents ou amis. Les demandeurs relèvent de la catégorie générale des non-conjoints, et ne peuvent bénéficier du régime en raison de leur statut de non-conjoints, et non pas à cause de leurs tendances sexuelles.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 15, 24.

Medical Services Act Regulations, B.C. Reg. 144/68, s. 2.01 (as am. by B.C. Reg. 5/77).

Old Age Security Act, R.S.C., 1985, c. O-9, ss. 2 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 34, s. 1), 19.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

NOT FOLLOWED:

Knodel v. Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia, Court No. A893414, Rowles J., judgment dated 30/8/91, B.C.S.C., not yet reported.

g LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 15, 24.

Loi sur la sécurité de la vieillesse, L.R.C. (1985), chap. O-9, art. 2 (mod. par L.R.C. (1985) (1 suppl.), chap. 34, art. 1), 19.

Medical Services Act Regulations, B.C. Reg. 144/68, art. 2.01 (mod. par B.C. Reg. 5/77).

i

JURISPRUDENCE

DÉCISION NON SUIVIE:

Knodel v. Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia, numéro du greffe A893414, juge Rowles, jugement en date du 30-8-91, C.S.C.-B. encore inédit.

APPLIED:

Minister of Justice of Canada et al. v. Borowski, [1981] 2 S.C.R. 575; (1981), 130 D.L.R. (3d) 588; [1982] 1 W.W.R. 97; 12 Sask. R. 420; 64 C.C.C. (2d) 97; 24 C.P.C. 62; 24 C.R. (3d) 352; 39 N.R. 331; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; (1990), 76 D.L.R. (4th) 545; 91 CLLC 17,004; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 96 N.R. 115; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255.

DISTINGUISHED:

Borowski v. Canada (Attorney General), [1989] 1 S.C.R. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75 Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110.

CONSIDERED:

Andrews v. Ontario (Minister of Health) (1988), 64 O.R. (2d) 258; 49 D.L.R. (4th) 584; 9 C.H.R.R. D/5089; 88 CLLC 17,023 (H.C.).

AUTHORS CITED

Canada, House of Commons, Standing Committee on Health, Welfare and Social Affairs, *Transcript of Proceedings and Evidence*, Issue no. 25 (June 12, 1975), at p. 25:7.
Canada, *House of Commons Debates*, vol. 1, 1st Sess., 31st Parl., 29 Eliz. II, 1979, at p. 476.

COUNSEL:

David H. Vickers for plaintiffs.
H. J. Wruck for defendant.

SOLICITORS:

Vickers & Palmer, Victoria, for plaintiffs.

Deputy Attorney General of Canada for defendant.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MARTIN J.: The plaintiffs, James Egan ("Egan") and John Norris Nesbit ("Nesbit"), claim:

(a) a declaration that the definition of the word "spouse" in section 2 of the *Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9, (the "Act") discriminates unjustifiably against them on the basis of sex or, in the alternative, on the basis of sexual orientation contrary

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Ministre de la Justice du Canada et autre c. Borowski, [1981] 2 R.C.S. 575; (1981), 130 D.L.R. (3d) 588; [1982] 1 W.W.R. 97; 12 Sask. R. 420; 64 C.C.C. (2d) 97; 24 C.P.C. 62; 24 C.R. (3d) 352; 39 N.R. 331; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; (1990), 76 D.L.R. (4th) 545; 91 CLLC 17,004; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 96 N.R. 115; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Borowski c. Canada (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75 Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110.

DÉCISION EXAMINÉE:

Andrews v. Ontario (Minister of Health) (1988), 64 O.R. (2d) 258; 49 D.L.R. (4th) 584; 9 C.H.R.R. D/5089; 88 CLLC 17,023 (H.C.).

DOCTRINE

Canada, Chambre des communes, Comité permanent de la santé, du bien-être social et des affaires sociales, *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 25 (le 12 juin 1975), à la p. 25:7.
Canada, *Débats de la Chambre des communes*, vol. 1, 1^{re} session, 31^e lég., 29 Eliz. II, 1979, à la p. 476.

AVOCATS:

David H. Vickers pour les demandeurs.
H. J. Wruck pour la défenderesse.

PROCUREURS:

Vickers & Palmer, Victoria, pour les demandeurs.
Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

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

LE JUGE MARTIN: Les demandeurs, James Egan («Egan») et John Norris Nesbit («Nesbit»), concluent à ce qui suit:

a) jugement déclarant que la définition du mot «conjoint» qui figure à l'article 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), chap. O-9 (la «Loi»), constitue à leur égard une mesure discriminatoire fondée sur le sexe ou, subsidiairement, sur les ten-

to section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the “Charter”);

(b) an order pursuant to subsection 24(1) of the Charter amending the *Old Age Security Act* by removing all references, whether direct or indirect, to gender or, in the alternative, by amending the definition of the word “spouse” in section 2 of the said Act to include partners in same sex relationships otherwise akin to conjugal relationships;

(c) an order pursuant to subsection 24(1) of the Charter directing the defendant to pay to the plaintiff Nesbit the spousal benefit allowance from the date of his application.

The words “spouse” and “spouse’s allowance” are defined in section 2 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 34, s. 1] of the *Old Age Security Act* as follows:

2. . . .

“spouse”, in relation to any person, includes a person of the opposite sex who is living with that person, having lived with that person for at least one year, if the two persons have publicly represented themselves as husband and wife;

“spouse’s allowance” means the spouse’s allowance authorized to be paid under Part III;

Section 19 *et seq.*, which appear under Part III of the Act, authorize the payment of a “monthly spouse’s allowance”. Subsection 19(1) of the Act provides:

19. (1) Subject to this Act and the regulations, for each month in any fiscal year, a spouse’s allowance may be paid to the spouse of a pensioner if the spouse

(a) is not separated from the pensioner;

(b) has attained sixty years of age but has not attained sixty-five years of age; and

(c) has resided in Canada after attaining eighteen years of age and prior to the day on which the spouse’s application is approved for an aggregate period of at least ten years and, where that aggregate period is less than twenty years, was

dances sexuelles, en violation de l’article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la «Charte»);

b) ordonnance portant, en application du paragraphe 24(1) de la Charte, modification de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* par suppression de toute mention de genre, directe ou indirecte, ou, subsidiairement, par modification de la définition du mot «conjoint» figurant à l’article 2 de cette Loi de façon à y inclure les partenaires engagés dans une union de personnes de même sexe mais ayant à tous autres égards les mêmes caractéristiques qu’une union conjugale;

c) ordonnance portant, en application du paragraphe 24(1) de la Charte, obligation pour la défenderesse de verser au demandeur Nesbit l’allocation de conjoint à compter de la date de la demande.

Les mots «conjoint» et «allocation» sont définis à l’article 2 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), chap. 34, art. 1] de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* comme suit:

2. . . .

«conjoint» Est assimilée au conjoint la personne de sexe opposé qui vit avec une autre personne depuis au moins un an, pourvu que les deux se soient publiquement présentés comme mari et femme.

«allocation» L’allocation payable au titre du conjoint sous le régime de la partie III.

Les articles 19 et suivants, qui se trouvent dans la partie III de la Loi, autorisent le versement d’une allocation mensuelle au conjoint. Voici ce que prévoit le paragraphe 19(1):

19. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi et de ses règlements, il peut être versé une allocation mensuelle au conjoint qui réunit les conditions suivantes:

a) il n’est pas séparé du pensionné;

b) il a au moins soixante ans mais n’a pas encore soixante-cinq ans;

c) il a, après l’âge de dix-huit ans, résidé en tout au Canada pendant au moins dix ans et, dans le cas où la période de résidence est inférieure à vingt ans, résidait au Canada le jour précédant celui de l’agrément de sa demande.

resident in Canada on the day preceding the day on which the spouse's application is approved.

Provision for the allowance was first enacted by Parliament in 1975 [S.C. 1974-75-76, c. 58]. At that time Parliament addressed the problem frequently faced by aging married couples who found themselves in the position in which one spouse, generally the husband, who was usually the breadwinner in the family unit and who was usually older than his spouse, retired at age 65. The problem was caused by the fact that his wife, who frequently had been the unpaid homemaker, had no income and would not be eligible for the old age pension for a few years, being younger than her retired husband. The unfortunate result was that the income of the two-spouse family unit dropped drastically until the wife reached 65 years of age and became eligible for the old age pension.

The Minister of National Health and Welfare, the Honourable Marc Lalonde, in 1975 described the objective of the legislation as being clear in the following terms:

Its objective is clear and singular in purpose. It is to ensure that when a couple is in a situation where one of the spouses has been forced to retire, and that couple has to live on the pension of a single person, that there should be a special provision, when the breadwinner has been forced to retire at or after 65, to make sure that particular couple will be able to rely upon an income which would be equivalent to both members of the couple being retired or 60 years of age and over. That is the purpose of this Bill, no more than that, no less than that. (*Transcript of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Health, Welfare and Social Affairs, June 12, 1975, at p. 25:7.*)

In the course of an amendment to the *Old Age Security Act* [Bill C-6 (*An Act to amend the Old Age Security Act*, S.C. 1979, c. 4)] on October 22, 1979 the Secretary of State for External Affairs, the Honourable Flora MacDonald, pointed to the hardship incurred by the female spouse in the circumstances to which Mr. Lalonde had made reference:

Statistics have shown that in 90 per cent of marriages the younger spouse is female and that females live longer than males. These women, who in their younger years remained in the home looking after children, with no access to continuing income or pension plans, are the same women who in their later years too often become the victims of a society which has not yet come to terms with equality in the work place. (*House of Commons Debates*, October 22, 1979, at p. 476.)

Cette allocation a vu le jour par un texte de loi fédéral en 1975 [S.C. 1974-75-76, chap. 58]. À l'époque, le législateur a voulu s'attaquer au problème auquel étaient souvent en proie les couples mariés vieillissants et dont l'un des conjoints, généralement le mari, qui habituellement était le soutien de la famille et était plus âgé que sa femme, prenait sa retraite à l'âge de 65 ans. Le problème tenait à ce que son épouse, qui dans la plupart des cas s'était occupée du ménage, n'avait aucun revenu et n'était pas admissible à la pension de sécurité de la vieillesse pendant quelques années encore, puisqu'elle était plus jeune que son mari retraité. Le triste résultat était que le revenu de la famille se trouvait considérablement réduit jusqu'à ce que la femme atteignît 65 ans et devînt admissible à la pension de sécurité de la vieillesse.

Le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social, l'honorable Marc Lalonde, a expliqué en ces termes l'objectif du texte de loi qui était bien clair à son avis:

Son objectif est simple et clair, il permet d'assurer à un couple dont l'un des conjoints est forcé de prendre sa retraite et qui doivent vivre de la pension d'une seule personne, et lorsque le soutien de famille doit prendre sa retraite à l'âge de 65 ans ou peu après, de pouvoir retirer un revenu qui sera l'équivalent de ce que retireraient les deux conjoints si ils étaient à la retraite ou âgés de 60 ans et plus. Voilà ni plus ni moins, l'objectif du bill. (*Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la santé, du bien-être social et des affaires sociales, 12 juin 1975 à la p. 25:7, reproduction textuelle de la version française.*)

Au cours des débats du 22 octobre 1979 sur la modification de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* [Bill C-6 (*Loi modifiant la Loi sur la sécurité de la vieillesse*, S.C. 1979, chap. 4)], l'honorable Flora MacDonald, secrétaire d'État aux Affaires extérieures, a évoqué la situation difficile de la conjointe dans les cas dont parlait M. Lalonde:

D'après les statistiques, la femme est le plus jeune des conjoints dans 90 p. 100 des ménages, et les femmes vivent plus longtemps que les hommes. Ces femmes qui, dans leur jeunesse, sont restées au foyer sans salaire permanent ni caisse de retraite pour s'occuper des enfants, ce sont celles qui, par la suite, ont trop souvent à se plaindre d'une société qui n'a pas encore appris à respecter l'égalité au travail. (*Débats de la Chambre des Communes*, 22 octobre 1979, à la p. 476)

In 1985 the spouse's allowance was extended to include widows and widowers aged 60 to 65 who had not remarried [S.C. 1985, c. 30]. The government at the time, in 1985, recognized that the measures introduced did not solve all of the problems of all citizens but, to the Minister of National Health and Welfare, the Honourable Jake Epp, the legislation was addressing itself to those in greatest need.

It is clear, through its legislative history, that the spouse's allowance has been directed to alleviating the financial plight of elderly married couples, primarily women who were younger than their spouses and who generally did not enter the work force. Although it may be argued that the legislation ought to be interpreted so as to include homosexual couples such as the plaintiffs in this case it cannot be fairly argued that Parliament intended that they should be included in the program.

With that background I turn now to the case at bar. In this respect the plaintiffs, Egan and Nesbit, both gave evidence at the hearing. Their evidence supplemented a detailed agreed statement of facts, attached to which were some 30 schedules. Paragraphs 4 to 13 of the agreed statement of facts give the relevant personal information relating to the plaintiffs in the following terms:

4. The Plaintiff James Egan born on the 14th day of September, 1921, resides at 2742 Virginia Drive, Courtenay, British Columbia.
5. The Plaintiff John Norris Nesbit born on the 27th day of June, 1927, resides at 2742 Virginia Drive, Courtenay, British Columbia.
6. Since August, 1948, the Plaintiff Nesbit and the Plaintiff Egan have resided together at various places in the Provinces of Ontario and British Columbia.
7. On September 14, 1986 the Plaintiff James Egan reached 65 years of age.
8. On October 1, 1986 the Plaintiff Egan became eligible to receive Old Age Security and Guaranteed Income Supplement benefits and did receive such benefits at that time pursuant to the **Old Age Security Act**, R.S.C. 1970, c. O-6.
9. The Plaintiff Egan applied by letter dated February 25, 1987 on behalf of the Plaintiff Nesbit for a spouse's allowance pursuant to the **Old Age Security Act**, R.S.C. 1970, c. O-6. **Act**. See "Schedule 25".

En 1985, l'allocation de conjoint a été étendue aux veuves et aux veufs de 60 à 65 ans et qui ne s'étaient pas remariés [S.C. 1985, chap. 30]. Le gouvernement en place en 1985 admettait que les mesures adoptées ne réglaient pas tous les problèmes de tous les citoyens, mais selon le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de l'époque, l'honorable Jake Epp, la législation visait ceux et celles qui avaient le plus grand besoin d'aide.

Il ressort de cet historique du texte de loi que l'allocation de conjoint visait à pallier les difficultés financières des couples mariés âgés, en particulier des femmes qui étaient plus jeunes que leurs conjoints et qui généralement n'avaient pas un travail rémunérateur à l'extérieur. Bien qu'il soit possible de soutenir que cette Loi devrait être interprétée de façon à s'appliquer également aux couples d'homosexuels tels les demandeurs en l'espèce, on ne saurait raisonnablement prétendre que le législateur entendait les inclure dans le programme.

C'est dans ce contexte que j'en viens maintenant aux faits de la cause. Les deux demandeurs, Egan et Nesbit, ont témoigné à l'audience. Leurs témoignages venaient compléter l'exposé conjoint des faits, auquel étaient jointes quelque 30 annexes. Les paragraphes 4 à 13 de l'exposé conjoint des faits donnent, au sujet des demandeurs, les renseignements personnels suivants qui ont un rapport avec le litige:

- [TRADUCTION] 4. Le demandeur James Egan, né le 14 septembre 1921, demeure au 2742, Virginia Drive, Courtenay (Colombie-Britannique).
5. Le demandeur John Norris Nesbit, né le 27 juin 1927, demeure au 2742, Virginia Drive, Courtenay (Colombie-Britannique).
 6. Depuis août 1948, les deux demandeurs Nesbit et Egan ont vécu ensemble dans diverses localités de l'Ontario et de la Colombie-Britannique.
 7. Le 14 septembre 1986, le demandeur James Egan atteignit l'âge de 65 ans.
 8. Le 1^{er} octobre 1986, le demandeur Egan devint admissible à recevoir les prestations de sécurité de la vieillesse et de supplément du revenu garanti, et il les a effectivement reçues en application de la **Loi sur la sécurité de la vieillesse**, S.R.C. 1970, chap. O-6.
 9. Par lettre en date du 25 février 1987, le demandeur Egan a demandé pour le demandeur Nesbit l'allocation de conjoint en application de la **Loi sur la sécurité de la vieillesse**, S.R.C. 1970, chap. O-6. Voir l'annexe 25.

10. By letter from David G. Wiebe, Income Security Programs, Department of National Health and Welfare, dated March 2, 1987, the Plaintiff Egan was advised that the Plaintiff Nesbit was ineligible for spouse's allowance. See "Schedule 30".
11. On or about July 24, 1989, the Plaintiff Nesbit applied for a spouse's allowance as defined in section 2 of the **Old Age Security Act**, R.S.C. 1985 c. O-9 pursuant to the provisions of Part III of the Act. The Plaintiff James Egan was described to be the spouse in the application. On September 7, 1989 the Defendant received said application from the Plaintiff Nesbit.
12. By letter from David G. Wiebe, Income Security Programs, Department of National Health and Welfare, dated September 8, 1989 the Plaintiff Nesbit was informed that his application was denied. See "Schedule 31".
13. Mr. Nesbit's application was denied on the basis that Mr. Nesbit was not the spouse of Mr. Egan, as defined in section 1 of the **Old Age Security Act**, R.S.C., 1985, c. O-9, and was therefore ineligible to obtain a spouse's allowance.
10. Par lettre en date du 2 mars 1987 de David G. Wiebe, Programmes de la sécurité du revenu, ministère de la Santé nationale et du Bien-être social, le demandeur Egan fut informé que le demandeur Nesbit n'avait pas droit à l'allocation de conjoint. Voir l'annexe 30.
11. Le 24 juillet 1989 ou vers cette date, le demandeur Nesbit a demandé l'allocation de conjoint au sens de l'article 2 de la **Loi sur la sécurité de la vieillesse**, L.R.C. (1985), chap. O-9, en application de la partie III de la même Loi. Le demandeur James Egan était présenté comme le conjoint dans cette demande, qui fut reçue le 7 septembre 1989 par la défenderesse.
12. Par lettre en date du 8 septembre 1989 de David G. Wiebe, Programmes de la sécurité du revenu, ministère de la Santé nationale et du Bien-être social, le demandeur Nesbit fut informé du rejet de sa demande. Voir l'annexe 31.
13. La demande de M. Nesbit fut rejetée par ce motif qu'il n'était pas le conjoint de M. Egan au sens de l'article premier de la **Loi sur la sécurité de la vieillesse**, L.R.C. (1985), chap. O-9, et qu'ainsi il n'avait pas droit à l'allocation de conjoint.

The letters from the Department of National Health and Welfare dated March 2, 1987 and September 8, 1989, to which reference is made in paragraphs 10 and 12 of the agreed statement of facts quoted above, refused the plaintiffs' application for the spouse's allowance in the following terms:

March 2, 1987

James Egan
2742 Virginia Drive
Courtenay, B.C.
V9N 6B5

Dear Sir:

This will acknowledge your letter of February 25, 1987 in which you are enquiring about entitlement to Spouse's Allowance for homosexual couples.

Besides recognizing legal marriages, the Old Age Security Act defines a "spouse" in relation to any person, to include "a person of the opposite sex who is living with that person, having lived with that person for at least one year, if the two persons have publicly represented themselves as husband and wife."

As you can see, this does not include homosexual couples. Therefore, Mr. Nesbit is not entitled to Spouses Allowance benefits based on your relationship.

We are enclosing a copy of the page of the Old Age Security Act defining "spouse" for your reference.

Yours very truly,

David G. Wiebe
Income Security Programs.
DGW/hc

Les deux lettres respectivement en date du 2 mars 1987 et du 8 septembre 1989, et dont il est question aux paragraphes 10 et 12 de l'exposé conjoint des faits ci-dessus, ont rejeté la demande d'allocation de conjoint par les demandeurs en ces termes:

[TRADUCTION] Le 2 mars 1987

James Egan
2742, Virginia Drive
Courtenay (Colombie-Britannique)
V9N 6B5

Monsieur,

Nous avons reçu votre lettre en date du 25 février 1987 au sujet du droit des couples d'homosexuels à l'allocation de conjoint.

Outre qu'elle ne reconnaît que les mariages légitimes, la Loi sur la sécurité de la vieillesse assimile au conjoint, la «personne de sexe opposé qui vit avec une autre personne pendant au moins un an, pourvu que les deux se soient publiquement présentés comme mari et femme».

Comme vous pouvez le voir, les couples d'homosexuels ne sont pas compris dans cette définition. Ainsi donc, M. Nesbit n'a pas droit à l'allocation de conjoint par suite de vos relations.

Ci-joint à titre d'information, copie de la page de la Loi sur la sécurité de la vieillesse où figure la définition de «conjoint».

Veillez agréer l'assurance de ma considération distinguée.

David G. Wiebe
Programmes de la sécurité du revenu
DGW/hc

September 8, 1989

Mr. John J. Nesbit
2742 Virginia Drive
Courtenay, B.C.
V9N 6B5

Dear Sir:

This will acknowledge your application for a Spouses Allowance benefit payable under the Old Age Security Act.

We note that you are applying for benefits as the spouse of Mr. James Egan. The Old Age Security Act defines spouse as follows: "in relation to any person, includes a person of the opposite sex who is living with that person, having lived with that person for at least one year, if the two persons have publicly represented themselves as husband and wife." As your relationship with Mr. Egan does not meet this definition of "spouse", we cannot consider your application for Spouse's Allowance.

We are cancelling your application and returning your birth certificate herewith.

Yours very truly,

David G. Wiebe

Accordingly the refusal to allow Nesbit's claim for the spouse's allowance was based upon the conclusion reached by the defendant that Nesbit did not come within the meaning assigned to the word "spouse" in the Act. I think it is fair to say that had Nesbit been a woman cohabiting with Egan substantially on the same terms as he in fact cohabited with Egan he would have been eligible for the spouse's allowance.

The plaintiffs are homosexuals who have been living together since 1948. They lived in Ontario until 1964 at which time they moved to British Columbia in which province they have resided in various localities since that date.

The evidence of the relationship between the plaintiffs is similar to that given by the petitioner Knodel in the recent (August 30, 1991) unreported decision of Rowles J. of the Supreme Court of British Columbia in the action entitled *Knodel v. Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia* (Court No. A893414) in which the Court in that matter found to be overwhelming that the homosexual couple had lived "as husband and wife".

Rowles J. summed up the evidence to that effect at page 28 as follows:

Le 8 septembre 1989

M. John J. Nesbit
2742, Virginia Drive
a Courtenay (Colombie-Britannique)
V9N 6B5

Monsieur,

Nous avons reçu votre demande d'allocation de conjoint payable en application de la Loi sur la sécurité de la vieillesse.

b Nous notons que vous en demandez le versement en votre qualité de conjoint de M. James Egan. La Loi sur la sécurité de la vieillesse définit conjoint comme suit: «Est assimilée au conjoint la personne de sexe opposé qui vit avec une autre personne depuis au moins un an, pourvu que les deux se soient publiquement présentés comme mari et femme». Comme vos relations avec M. Egan ne sont pas conformes à cette définition, nous ne pouvons donner suite à votre demande d'allocation de conjoint.

c Cette demande est annulée et nous vous renvoyons ci-joint votre bulletin de naissance.

d Veuillez agréer l'assurance de ma considération distinguée.

David G. Wiebe

e Ainsi donc, le rejet de la demande d'allocation de conjoint de Nesbit était fondé sur la conclusion tirée par la défenderesse que celui-ci ne satisfaisait pas à la définition du mot «conjoint» dans la Loi. Je pense qu'on peut présumer que, Nesbit eût-il été une femme cohabitant avec Egan dans les mêmes conditions, il aurait eu droit à l'allocation de conjoint.

f Les demandeurs sont des homosexuels qui vivent ensemble depuis 1948. Ils vivaient en Ontario jusqu'en 1964, puis ont déménagé en Colombie-Britannique où ils ont habité diverses localités.

g Le témoignage donné par les demandeurs au sujet de leurs relations est semblable à celui donné par le demandeur Knodel dans la cause *Knodel v. Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia* (numéro du greffe A893414). Par cette décision récente (30 août 1991), non publiée, Mme le juge Rowles de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu que le couple d'homosexuels avait vécu «comme mari et femme».

j Mme le juge Rowles a résumé les faits articulés comme suit, à la page 28:

The remainder of the phrase requires the couple to “live together as husband and wife”. This phrase is intended to exclude other types of relationships such as the type that exists between, for example, siblings or between other adult persons who live together but who do not share an emotional and sexual commitment.

However, this phrase does not require a couple to be husband and wife. It is not intended to import a traditional role for a husband or a wife. Nor is it intended for each partner in the relationship to adopt the role of either a “husband” or a “wife”. The use of the word “as” suggests a particular type of relationship that involves both emotional and sexual aspects.

In the present case, the evidence is overwhelming that the Petitioner and Mr. Garneau lived “as husband and wife”. There was an expectation of continuance. They were deeply committed to each other emotionally and sexually, exchanged vows and rings in a private ceremony, established a home together, pooled their finances, and shared bank accounts and credit cards. The Petitioner did not separate from or abandon Mr. Garneau when the latter became ill, notwithstanding the risk to him. Like a heterosexual spouse, the Petitioner was named as sole beneficiary in Mr. Garneau’s will; he assisted and supported his life-partner, including nursing and comforting him, until his death March 17, 1989. The evidence of Dr. Myers also suggests that the type of emotional bond between homosexual couples is no different than one between heterosexual couples.

The evidence in this matter is also similar to the evidence of the lesbian couple in *Andrews v. Ontario (Minister of Health)* (1988), 64 O.R. (2d) 258, which McRae J. of the Ontario High Court of Justice found did not give rise to a spousal relationship because that relationship required the persons to be of the opposite sex.

In this case there was a long-term and intimate relationship between the two plaintiffs. They shared joint bank accounts, credit cards and property ownership. By their wills they appointed each other as their respective executors and beneficiaries. They have always travelled and holidayed together and, at one point, publicly exchanged rings. To their families and friends they refer to themselves as partners.

They have never gone through a marriage ceremony, do not introduce themselves as a married couple, wife, husband or spouse, and do not consider themselves to be married or a married couple. Both

[TRADUCTION] Le reste de la phrase prévoit que le couple doit «vivre ensemble comme mari et femme». Cette phrase vise à exclure les autres types de relations, comme par exemple celles qui existent entre frères et sœurs, ou entre adultes qui vivent ensemble mais qui ne sont pas unis par un lien sentimental et sexuel.

Cependant, cette phrase ne prévoit pas que les deux membres du couple doivent être mari et femme. Elle ne vise pas à consacrer un rôle traditionnel pour le mari ou pour l'épouse. Elle ne vise pas non plus à prévoir que chaque partenaire assume le rôle soit du «mari» soit de la «femme». L'emploi du mot «comme» sous-entend un lien particulier, à la fois sentimental et sexuel.

En l'espèce, les témoignages établissent de façon concluante que le demandeur et M. Garneau ont vécu «comme mari et femme». L'union devait durer aux yeux des deux partenaires. Ils étaient profondément attachés l'un à l'autre sur le double plan sentimental et sexuel, ont échangé leurs vœux et leurs anneaux au cours d'une cérémonie privée, ont fondé ensemble un foyer, mis leurs biens en commun, partagé leurs comptes bancaires et leurs cartes de crédit. Malgré le risque qui le menaçait, le demandeur ne s'est pas séparé de M. Garneau ni ne l'a abandonné quand celui-ci est tombé malade. Tout comme un conjoint hétérosexuel, le demandeur a été désigné légataire universel dans le testament de M. Garneau; il aidait et soutenait son partenaire à vie, le soignait et le réconfortait jusqu'à la mort de ce dernier, le 17 mars 1989. Dans son témoignage, le Dr. Myers fait aussi remarquer que le lien sentimental qui unit les couples d'homosexuels n'est pas du tout différent de celui qui unit les couples d'hétérosexuels.

Les témoignages produits en l'espèce rappellent aussi ceux donnés par le couple de lesbiennes dans *Andrews v. Ontario (Minister of Health)* (1988), 64 O.R. (2d) 258, où le juge McRae de la Haute Cour de Justice de l'Ontario a conclu qu'il n'y avait pas union conjugale, laquelle ne pouvait être formée que de deux personnes de sexe opposé.

En l'espèce, les deux demandeurs sont liés par des relations intimes de longue date. Ils avaient des comptes bancaires conjoints, et partageaient cartes de crédit et autres biens. Dans leurs testaments, ils se sont désignés l'un l'autre leurs exécuteurs testamentaires et légataires respectifs. Ils ont toujours voyagé et passé leurs vacances ensemble et, à un moment donné, ont publiquement échangé les anneaux de mariage. À leurs parents et amis, ils se présentent comme partenaires.

Ils ne sont jamais passés par une cérémonie de mariage, ne se présentent pas comme un couple marié, comme mari et femme ou conjoint, et ne se considèrent pas comme mariés l'un à l'autre ou

agreed that the purpose of the within action is an attempt to establish homosexual rights generally.

The defendant, by way of what may be termed a preliminary objection, submits that the plaintiffs have no standing to bring the within proceeding before the Court. The substance of the defendant's position is that because the plaintiffs have suffered no adverse effects as a result of the alleged unconstitutionality of the challenged law they cannot fit themselves into the category of persons whose rights and freedoms may have been infringed or denied contrary to subsection 24(1) of the Charter.

In this respect, and it is not disputed by the plaintiffs, the defendant has shown that by being treated as two single individuals the plaintiffs have, over the period from July 1987 to April 1990, received some \$6,000 more in combined federal and provincial benefits than they would have received had they been treated as "spouses".

The difference in benefits arises as a direct result of a medical condition of the plaintiff Nesbit which had, during the relevant period, rendered him incapable of working. Because of his condition Nesbit received a total of some \$17,000 under a provincial social assistance plan. If, during the period that Nesbit received the \$17,000 on account of his medical condition, he had received the spouse's allowance to which he claims to be entitled, he would have received only \$8,000 under the federal plan and his payment under the provincial social assistance plan would have been reduced to about \$100. On the other hand the plaintiff Egan's income, under the guaranteed income supplement federal plan, would have been increased by some \$3,000 by reason of his being eligible for the married as opposed to the single rate.

As already indicated the net result would be that the plaintiffs, by being treated as spouses as opposed to single persons, would have received about \$6,000 less over the period noted. The detailed calculations of the actual benefits received and the benefits which would have been received had the plaintiffs been treated as "spouses" are set out in Schedules 8 and 10 of Exhibit 1.

comme un couple marié. L'un et l'autre admettent que l'action en l'espèce vise à affirmer les droits des homosexuels en général.

La défenderesse soutient, à titre de fin de non-recevoir, que les deux demandeurs n'ont pas qualité pour saisir la Cour de cette affaire. Et, sur le fond, que les demandeurs n'ayant subi aucun préjudice par suite de l'inconstitutionnalité supposée de la Loi en cause, ils ne peuvent se ranger dans la catégorie des personnes dont les droits et libertés ont pu être violés au regard du paragraphe 24(1) de la Charte.

À ce propos, la défenderesse démontre, sans qu'il y ait contestation de la part des demandeurs, qu'étant traités en célibataires, ils ont reçu, pendant la période allant de juillet 1987 à avril 1990, plus de 6 000 \$ en prestations fédérales et provinciales combinées qu'ils n'en auraient reçu s'ils avaient été considérés comme «conjoints».

Cette différence s'expliquait par l'état de santé du demandeur Nesbit qui, durant cette période, était incapable de travailler. En raison de son état, Nesbit a reçu un total de quelque 17 000 \$ du régime provincial d'assistance sociale. Si, durant cette période où Nesbit avait reçu les 17 000 \$ à cause de son état de santé, il avait reçu l'allocation de conjoint à laquelle il prétend, il n'aurait reçu que 8 000 \$ du régime fédéral et ses prestations d'assistance sociale provinciale auraient été réduites à 100 \$ environ. Par contre, le revenu du demandeur Egan, dans le cadre du régime fédéral du supplément du revenu garanti, aurait été majoré de 3 000 \$ environ puisqu'il aurait eu droit au taux applicable aux personnes mariées, au lieu de celui applicable aux célibataires.

Le résultat net en serait que les demandeurs, s'ils avaient été traités à titre de couple marié et non pas de célibataires, auraient reçu 6 000 \$ de moins durant cette période. Le calcul détaillé des prestations effectivement reçues et de celles que les demandeurs auraient touchées s'ils avaient été considérés comme «conjoints» figure à la pièce 1, annexes 8 et 10.

In my view there is no merit to this argument. Either the plaintiffs are entitled to claim the spouse's allowance or they are not. The fact that the plaintiffs have claimed under a provincial social assistance plan and have received payments in excess of those which they would have received under the federal spouse's allowance had they been treated as spouses under that latter program is not relevant to the question of their entitlement. The question is not whether the plaintiffs are getting equal or higher benefits by claiming as single individuals or as spouses but whether they have been deprived of benefits under the federal program for spouse's allowances to which they may have been legally entitled.

The evidence shows that the plaintiffs claimed under the spouse's allowance program and that they were denied benefits because, in the view of the administrators of that program, the plaintiffs, as an homosexual couple, did not come within the definition of "spouse". The plaintiffs have questioned the right of the defendant to deny them the benefits of the spouse's allowance on those grounds.

Given the contradictory interpretation by the courts to the meaning of the word "spouse" it must be said that there is a serious issue as to the validity of interpreting the word so as to exclude from it a single sex couple. The plaintiffs, having been denied the spouse's allowance because of the interpretation which the defendant has given to the meaning of the word, it must also be said that they have been directly affected and therefore are interested in the validity of that interpretation. They therefore have status or standing in accordance with the test set out by Martland J. in *Minister of Justice of Canada et al. v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575, at page 598.

It is true that the plaintiffs seek to establish the rights of homosexual couples generally to the spouse's allowance and in that respect fall short of the subsection 24(1) Charter requirement that the infringement or denial of a Charter-based right be their own rather than that of other persons as decided by Sopinka J. in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, at page 366, but in fact

Cet argument n'est pas défendable. Ou les demandeurs sont fondés à réclamer l'allocation de conjoint ou ils ne le sont pas. Que les demandeurs se soient prévalus du régime provincial d'assistance sociale et qu'ils aient reçu des prestations supérieures à celles qu'ils auraient touchées au titre de l'allocation de conjoint s'ils avaient été considérés comme «conjoints» au regard de ce régime n'a rien à voir avec la question de leur droit en la matière. Il échet non pas d'examiner si les demandeurs reçoivent les mêmes prestations ou des prestations supérieures en qualité de célibataires ou en qualité de conjoints, mais d'examiner s'ils ont été privés de l'allocation de conjoint du régime fédéral, à laquelle ils avaient peut-être légalement droit.

Il ressort des preuves et témoignages produits que les demandeurs ont demandé à bénéficier du programme des allocations aux conjoints, ce qu'on leur a refusé parce qu'aux yeux des administrateurs de ce programme, les demandeurs, formant un couple d'homosexuels, ne tombent pas dans le champ d'application de la définition de «conjoint». Les demandeurs contestent le droit de la défenderesse de leur refuser l'allocation de conjoint par ce motif.

Étant donné la manière contradictoire dont diverses juridictions ont interprété le mot «conjoint», il faut admettre qu'une question importante se pose quant à la validité d'une interprétation de ce mot telle que les couples de même sexe en sont exclus. Les demandeurs s'étant vu refuser l'allocation de conjoint en raison de l'interprétation que la défenderesse a donnée de ce mot, il faut aussi admettre qu'ils ont été directement affectés par cette interprétation et qu'en conséquence, ils ont un intérêt dans sa validité. Ils ont ainsi qualité pour agir conformément au critère défini par le juge Martland dans *Ministre de la Justice du Canada et autre c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575, à la page 598.

Il est vrai que les demandeurs cherchent à faire reconnaître, sur le plan des principes, les droits des couples d'homosexuels en matière d'allocation de conjoint et par conséquent, ne satisfont pas à la condition prévue au paragraphe 24(1) de la Charte, savoir que le recours ne peut être exercé que par la victime même de la violation ou de la négation du droit garanti par la Charte, comme l'a décidé le juge

the claim alleges an infringement of the plaintiffs' own rights under section 15 of the Charter and not the infringement or denial of the Charter-based rights of homosexual couples generally.

Accordingly, on that basis as well, the plaintiffs come within the requirements of establishing a proper basis for standing to bring this action.

Subsection 15(1) of the Charter provides:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

The Supreme Court of Canada has dealt with the question of discrimination under subsection 15(1) of the Charter in a number of cases. Wilson J. set out both the Court's position and that of McIntyre J. (in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143) in *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at pages 1330-1331, as follows:

Having concluded that the appellants have been denied at least one of the equality rights listed in s. 15 of the *Charter*, I must move to the next step and determine whether the denial can be said to result in discrimination. Differential treatment is permitted under s. 15 provided it is "without discrimination". As McIntyre J. stated in *Andrews* (at p. 182):

A complainant under s. 15(1) must show not only that he or she is not receiving equal treatment before and under the law or that the law has a differential impact on him or her in the protection or benefit accorded by law but, in addition, must show that the legislative impact of the law is discriminatory.

The internal qualification in s. 15 that the differential treatment be "without discrimination" is determinative of whether or not there has been a violation of the section. It is only when one of the four equality rights has been denied with discrimination that the values protected by s. 15 are threatened and the court's legitimate role as the protector of such values comes into play.

Can it be said then that the appellants' right to equality before the law has been denied with discrimination? In *Andrews*, McIntyre J., after noting with approval the deeper understanding of discrimination developed under the *Human*

Sopinka dans Borowski c. Canada (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 342, à la page 366; mais en fait, cette action vise une violation des propres droits des demandeurs que garantit l'article 15 de la Charte, et non pas la violation ou la négation des droits des couples d'homosexuels en général, que garantit la Charte.

En conséquence, à ce point de vue aussi, les demandeurs satisfont aux conditions requises pour avoir qualité pour agir en l'espèce.

Le paragraphe 15(1) de la Charte porte:

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

La Cour suprême du Canada s'est prononcée sur la question de la discrimination visée au paragraphe 15(1) de la Charte à diverses reprises. Dans *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, aux pages 1330 et 1331, Mme le juge Wilson a présenté à la fois la conclusion de la Cour et celle du juge McIntyre (dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143) comme suit:

Après avoir conclu que les appelants ont été privés d'au moins un des droits à l'égalité énumérés à l'art. 15 de la *Charte*, je dois passer à l'étape suivante et déterminer s'il est possible de dire que cette privation constitue de la discrimination. L'art. 15 autorise des différences de traitement pourvu que cela se fasse «indépendamment de toute discrimination». Comme l'affirme le juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews* (à la p. 182):

Un plaignant en vertu du par. 15(1) doit démontrer non seulement qu'il ne bénéficie pas d'un traitement égal devant la loi et dans la loi, ou encore que la loi a un effet particulier sur lui en ce qui concerne la protection ou le bénéfice qu'elle offre, mais encore que la loi a un effet discriminatoire sur le plan législatif.

La réserve intrinsèque de l'art. 15 portant que la différence de traitement doit se faire «indépendamment de toute discrimination» est déterminante quant à savoir s'il y a eu violation de l'article. Ce n'est que si l'un des quatre droits à l'égalité a été violé de manière discriminatoire que les valeurs protégées par l'art. 15 sont menacées et que le rôle légitime de la cour à titre de protecteur de ces valeurs entre en jeu.

Peut-on dire que le droit des appelants à l'égalité devant la loi a été violé de manière discriminatoire? Dans l'arrêt *Andrews*, après avoir souligné et approuvé la meilleure compréhension de la discrimination acquise en vertu des *Codes*

Rights Codes, offered the following definition of discrimination (at p. 174):

I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society.

In determining whether there is discrimination on grounds relating to the personal characteristics of the individual or group, it is important to look not only at the impugned legislation which has created a distinction that violates the right to equality but also to the larger social, political and legal context. McIntyre J. emphasized in *Andrews* (at p. 167):

For, as has been said, a bad law will not be saved merely because it operates equally upon those to whom it has application. Nor will a law necessarily be bad because it makes distinctions.

The questions to be asked, therefore, in determining whether a given law infringes a subsection 15(1) right are:

(a) does the law distinguish between different individuals or classes of individuals, i.e. has a distinction been created by the law?

(b) if a distinction is found to have been created by the law is it one which gives rise to discrimination?

(Wilson J. in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at page 390.)

Not only does section 15 prohibit discrimination on the basis of the grounds enumerated therein but it also prohibits discrimination on grounds analogous to those grounds. In this respect counsel for the defendant has conceded that sexual orientation is a ground analogous to those enumerated in subsection 15(1) so that if the plaintiffs can show that the interpretation given to the word "spouse" discriminates against them, either on the basis of sex or on the basis of their sexual orientation, they will have succeeded in establishing an infringement of their subsection 15(1) rights and thereby will move to the defendant the burden of demonstrating the justification for so doing in accordance with the provisions of section 1 of the Charter.

des droits de la personne, le juge McIntyre propose la définition suivante de la discrimination (à la p. 174):

J'affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société.

Pour déterminer s'il y a discrimination pour des motifs liés à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, il importe d'examiner non seulement la disposition législative contestée qui établit une distinction contraire au droit à l'égalité, mais aussi d'examiner l'ensemble des contextes social, politique et juridique. Le juge McIntyre a souligné dans l'arrêt *Andrews* (à la p. 167):

En effet, comme on l'a déjà dit, une mauvaise loi ne peut être sauvegardée pour la simple raison qu'elle s'applique également à ceux qu'elle vise. Pas plus qu'une loi sera nécessairement mauvaise parce qu'elle établit des distinctions.

Les questions qu'il faut donc se poser pour savoir si une loi donnée contrevient au paragraphe 15(1) sont les suivantes:

a) cette loi distingue-t-elle entre des individus ou des catégories d'individus, autrement dit y a-t-il distinction créée par cette loi?

b) s'il y a une distinction créée par la loi, cette distinction est-elle discriminatoire?

(Mme le juge Wilson dans *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, aux pages 389 et 390.)

L'article 15 interdit non seulement la discrimination fondée sur les motifs qui y sont énumérés, mais aussi la discrimination fondée sur des motifs semblables. À ce sujet, l'avocat représentant la défenderesse admet que les tendances sexuelles constituent un motif semblable aux motifs énumérés au paragraphe 15(1); en conséquence, si les demandeurs réussissent à démontrer que l'interprétation donnée du mot «conjoint» représente une mesure discriminatoire à leur égard, que ce soit en raison de leur sexe ou de leurs tendances sexuelles, ils auront réussi à prouver une violation des droits garantis par le paragraphe 15(1) et à faire passer à la défenderesse la charge de justifier la distinction conformément aux dispositions de l'article premier de la Charte.

As noted subsection 15(1) specifically prohibits discrimination on the basis of sex. Rowles J. in *Knodel* (*supra*) was called upon to determine whether the exclusion of same sex couples from the definition of "spouse" contained in the *Medical Services Act Regulations*, British Columbia Regulations 144/68 [s. 2.01 (as am. by B.C. Reg. 5/77)], amounted to discrimination under subsection 15(1) of the Charter on the prohibited ground of "sex".

"Spouse" was defined in those Regulations as follows:

2.01. . . .

"spouse" includes a man or a woman who, not being married to each other, live together as husband and wife;

Rowles J. dealt with this objection at page 23 of her judgment in the following terms:

Section 15(1) of the *Charter* lists nine enumerated grounds of discrimination. These are: race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

The listed ground that seems most applicable is "sex". Therefore, the question is whether sexual orientation is included in the term "sex" in s. 15(1) of the *Charter*?

In *Janzen v. Platy Ent. Ltd.*, [1989] 4 W.W.R. 39, the Supreme Court of Canada considered meaning of discrimination on the basis of sex. In this case, the court held that sexual harassment in the workplace fell within the definition of discrimination on the basis of sex. Whilst the court was concerned with treatment in the workplace, Dickson C.J.C. stated on behalf of the Court at p. 61:

"... discrimination on the basis of sex may be defined as practices or attitudes which have the effect of limiting the conditions of employment of, or the employment opportunities available to, employees on the basis of a characteristic related to gender." [emphasis is mine].

In the present case, the effect of the legislation is not aimed at a characteristic related to gender. The definition of "spouse" that is challenged affects both men and women who are engaged in a homosexual relationship. Further, there is no indication that the discriminatory effects fall entirely on men as in *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219 (S.C.C.). Sexual orientation is not gender specific nor is it a characteristic that affects one gender primarily. Accordingly, the Plaintiff is unable to use discrimination on the basis of sex as a ground to support his claim.

Comme noté plus haut, le paragraphe 15(1) interdit expressément la discrimination fondée sur le sexe. Dans l'affaire *Knodel*, *supra*, Mme le juge Rowles était saisie de la question de savoir si l'exclusion des couples de même sexe de la définition de «*spouse*» (conjoint) contenue dans le règlement dit *Medical Services Act Regulations*, British Columbia Regulations 144/68 [art. 2.01 (mod. par B.C. Reg. 5/77)], représentait une discrimination fondée sur le sexe, qu'interdit le paragraphe 15(1) de la Charte.

Le mot «*spouse*» (conjoint) était défini dans ce Règlement comme suit:

[TRADUCTION] **2.01. . . .**

«conjoint» s'entend soit de l'homme soit de la femme, lesquels, bien que n'étant pas mariés l'un à l'autre, vivent ensemble comme mari et femme.

Mme le juge Rowles s'est prononcée sur la question en ces termes, à la page 23 de son jugement:

[TRADUCTION] Le paragraphe 15(1) de la *Charte* énumère neuf motifs de discrimination, savoir la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge, les déficiences mentales ou physiques.

Le motif visé qui semble avoir le plus d'application en l'espèce est le «sexe». Il échet donc d'examiner si les tendances sexuelles sont incluses dans le terme «sexe» figurant au paragraphe 15(1) de la *Charte*.

Dans *Janzen c. Platy Ent. Ltd.*, [1989] 4 W.W.R. 39, la Cour suprême du Canada, s'étant penchée sur la signification de la discrimination sexuelle, a conclu que le harcèlement sexuel en milieu de travail tombait dans le champ d'application de la définition de discrimination fondée sur le sexe. Bien que le litige portât sur le traitement en milieu de travail, le juge en chef Dickson s'est prononcé en ces termes au nom de la Cour, à la page 61:

«... on peut définir la discrimination fondée sur le sexe comme des pratiques ou des attitudes qui ont pour effet de limiter les conditions d'emploi ou les possibilités d'emploi de certains employés en raison d'une caractéristique prêtée aux personnes de leur sexe.» [mots non soulignés dans l'original]

En l'espèce, la loi en cause ne vise pas une caractéristique propre à un sexe. La définition de «conjoint», contestée en l'espèce, intéresse à la fois les hommes et les femmes engagés dans une union homosexuelle. Par ailleurs, rien n'indique que les effets discriminatoires affectent seulement les hommes comme dans *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219 (C.S.C.). Les tendances sexuelles ne sont pas le propre d'un seul sexe, ni ne sont une caractéristique prédominante de l'un ou l'autre sexe. En conséquence, le demandeur ne saurait invoquer la discrimination fondée sur le sexe.

I agree with that conclusion and the reasons given for it and find for the same reasons that the plaintiffs in this matter are unable to use discrimination on the basis of sex as a ground to support their claim. There remains to be determined whether the plaintiffs are able to use discrimination on the basis of their sexual orientation as a ground to support their claim.

Rowles J. also dealt with the issue of discrimination on the grounds of sexual orientation as an admitted (by counsel for the Crown in that case) analogous ground under subsection 15(1) of the Charter. She noted that two parts of the definition were at issue: the word "spouse" and the phrase "live together as husband and wife".

In that case, as in the present matter, she observed that the definition was an inclusive rather than an exhaustive one and that the parties were not required to be man and wife but only, as in the matter at hand as well, live together "as man and wife". After reviewing various authorities Rowles J. concluded that the word "spouse" was defined in the Regulations in such a way as to expressly exclude same sex couples and then directed her enquiry as to whether that exclusion violated subsection 15(1) of the Charter on the grounds of discrimination based on sexual orientation.

She found the legislation treated homosexual couples differently than heterosexual couples in imposing an economic penalty on homosexual couples relative to heterosexual couples who live together in a relationship akin to man and wife by denying a benefit to them that was accorded by legislation to the heterosexual couples.

The petitioner, who she found to be a member of a discreet and insular minority, had had a burden imposed upon him, by exclusion of benefits, solely on the basis of his sexual orientation.

When I apply to the facts of the matter before me the questions which Wilson J. sets out in the *McKinney* case (*supra*) I do not come to the same conclusion as Rowles J. I agree with her that the first question must be answered in the affirmative, i.e. the definition in question and the application of the legislation relating to the word "spouse" does create a dis-

Je partage cette conclusion ainsi que les motifs prononcés à l'appui et, par ces mêmes motifs, conclus que les demandeurs en l'espèce ne sauraient faire valoir la discrimination fondée sur le sexe. Il reste à examiner s'ils peuvent invoquer la discrimination fondée sur les tendances sexuelles.

Mme le juge Rowles a également examiné la question de la discrimination fondée sur les tendances sexuelles, qui a été reconnue (par l'avocat de la Couronne dans cette affaire) comme motif assimilable dans le cadre du paragraphe 15(1) de la Charte. Elle a noté que deux éléments de la définition étaient en cause: le mot «conjoint» et le membre de phrase «vivre ensemble comme mari et femme».

Elle a noté, comme on peut noter en l'espèce, que la définition était inclusive et non pas limitative, et que les deux parties ne devaient pas être nécessairement mari et femme, mais devaient, comme en l'espèce, vivre ensemble «comme mari et femme». Après avoir passé en revue divers magistères en la matière, Mme le juge Rowles a conclu que le terme «conjoint» était défini dans le Règlement de façon à exclure expressément les couples de même sexe; elle a ensuite examiné si cette exclusion allait à l'encontre du paragraphe 15(1) de la Charte pour cause de discrimination fondée sur les tendances sexuelles.

Elle a conclu que le texte de loi en cause réservait aux couples homosexuels un traitement différent par rapport aux couples hétérosexuels, et leur imposait, en leur refusant des prestations accordées par la loi à ces derniers, une sanction économique dont étaient exemptés les couples hétérosexuels qui vivaient ensemble comme mari et femme.

Le demandeur, en qui elle voyait un membre d'une minorité discrète et isolée, s'était vu imposer un fardeau, savoir la privation des prestations, uniquement à cause de ses tendances sexuelles.

En appliquant aux faits de la cause les questions que Mme le juge Wilson a posées dans l'arrêt *McKinney* (*supra*), je n'arrive pas à la même conclusion que Mme le juge Rowles. Je conviens avec elle qu'il faut répondre par l'affirmative à la première question, savoir que la définition en question et l'application de la loi relative au mot «conjoint» constituent effective-

inction. The legislation denies the financial benefits, the spouse's allowance, to homosexual couples which benefits are accorded to heterosexual couples where one spouse has reached the age of 65 and the other is between the age of 60 and 65 but, in my view, that distinction is not made upon the basis of the sexual orientation of the plaintiffs and thus does not discriminate against them on that basis.

There can be no doubt that Parliament intended to provide, and counsel for the plaintiffs does not maintain otherwise, a benefit to spouses as the term is traditionally understood. Rather counsel submits that, in granting a benefit to spouses, Parliament created a distinction between homosexual couples and heterosexual couples which distinction is based upon the sexual orientation of the former group and that because the distinction so created excludes the homosexual couple from benefits accorded to the heterosexual couple, the distinction discriminates against homosexual couples on the basis of their sexual orientation.

Counsel for the Crown has submitted in this case, as counsel for the Crown submitted in the *Knodel* case, that the definition of "spouse" is intended to mean married and common law heterosexual couples and that the distinction created by the legislation is not based upon sexual orientation but is a distinction between spouses and non-spouses. Accordingly it is submitted that the same sex couple is not treated any differently from any other adult couple who live together but do not publicly represent themselves as husband and wife.

The plaintiffs in this matter do not come within the definition assigned by Parliament to the group which it intended to benefit by entitling them to the spouse's allowance. The group intended to be benefited consists of the opposite sex partner of a couple who live together and publicly represent themselves as man and wife. The plaintiffs do not fall within the meaning of the word "spouse" any more than heterosexual couples who live together and do not publicly represent themselves as man and wife such as a brother and sister, brother and brother, sister and sister, two relatives, two friends, or parent and child.

ment une mesure discriminatoire. Cette loi refuse aux couples homosexuels des prestations financières, savoir l'allocation de conjoint, qui sont accordées aux couples hétérosexuels dont l'un des conjoints a 65 ans révolus et l'autre est âgé de 60 à 65 ans. Cependant, cette distinction n'est pas fondée sur les tendances sexuelles des demandeurs et ne constitue donc pas à leur égard une mesure discriminatoire fondée sur ce motif.

Il est indubitable que le législateur entendait prévoir, ce que ne conteste pas l'avocat des demandeurs, une prestation aux conjoints au sens où ce terme s'entend traditionnellement. Cet avocat soutient plutôt qu'en accordant une allocation aux conjoints, le législateur a créé entre couples homosexuels et couples hétérosexuels une distinction fondée sur les tendances sexuelles du premier groupe et que, cette distinction ayant pour effet d'exclure les couples homosexuels des prestations accordées aux couples hétérosexuels, elle constitue à l'égard des premiers une mesure discriminatoire fondée sur leurs tendances sexuelles.

L'avocat représentant la Couronne soutient en l'espèce, comme l'a fait son confrère dans la cause *Knodel*, que la définition de «conjoint» vise les couples hétérosexuels, mariés ou de fait, et que la distinction créée par la loi n'est pas fondée sur les tendances sexuelles mais ne vise qu'à séparer conjoints et non-conjoints. Et qu'ainsi le couple de même sexe est traité exactement de la même façon que n'importe quel autre couple adulte qui vit ensemble mais qui ne se présente pas en public comme mari et femme.

En l'espèce, les demandeurs ne tombent pas dans le champ d'application de la définition donnée par le législateur à la catégorie de personnes auxquelles il entendait accorder l'allocation de conjoint. Cette catégorie ayant droit à l'allocation est représentée par le partenaire de sexe opposé du couple qui vit ensemble et qui se présente en public comme mari et femme. Les demandeurs ne se qualifient pas plus pour la définition du mot «conjoint» que n'importe quel couple d'hétérosexuels qui vivent ensemble mais qui ne se présentent pas en public comme mari et femme, tels un frère et sa sœur, deux frères, deux

The single sex couple fall into the same category as those, i.e. the non-spousal couple category.

Parliament has chosen to address the needs of persons of the opposite sex who live together in a conjugal state, either statutory or common law, as husband and wife. This unit has traditionally been treated as the basic unit of society upon which society depends for its continued existence. I can see nothing discriminatory against the plaintiffs in a law which provides certain benefits to this group and which law does not provide the same benefits to a homosexual couple in the position of the plaintiffs. The plaintiffs as an homosexual couple, just as a bachelor and a spinster who live together or other types of couples who live together, do not fall within the traditional meaning of the conjugal unit or spouses. When compared to the unit or group which benefits by the challenged law the plaintiffs fall into the general group of non-spouses and do not benefit because of their non-spousal status rather than because of their sexual orientation.

Within the non-spousal group into which the plaintiffs fall they also fall into a sub-group of same sex partners whose lifestyle mirrors many of the characteristics or attributes of the spousal group but that does not, in my view at least, bring them within the traditionally understood meaning of a spousal couple which forms the fundamental building block of any society.

That is not to say that the single sex relationship is less worthy of consideration than the spousal relationship or that it is not deserving of special or even more favourable treatment than spousal or other non-spousal relationships. It simply means that the relationship is a different one than a spousal relationship and that the parties to such relationship cannot expect to share the benefits accorded to those in spousal relationships, not because of their sexual orientation, but because their relationship is not a spousal one.

The homosexual couple is but one of a larger class of same sex non-spousal couples who live together. In my view Parliament has not included them in the

parents, deux amis, ou le père ou la mère et son enfant. Le couple de même sexe tombe dans la même catégorie, c'est-à-dire celle des non-conjoints.

a Le législateur a choisi de pourvoir aux besoins de personnes de sexe opposé qui vivent dans une union conjugale, qu'elle soit légale ou de fait, en qualité de mari et femme. Cette unité a toujours été considérée comme l'unité fondamentale de la société, qui en dépend pour sa survie. Je ne peux rien voir de discriminatoire contre les demandeurs dans une loi qui ne prévoit pas les mêmes prestations pour les couples d'homosexuels tels les demandeurs. Ceux-ci, en leur qualité de couple d'homosexuels, tout comme un homme célibataire et une femme célibataire qui vivent ensemble, ne présentent pas les caractéristiques de l'unité conjugale ou de conjoints au sens traditionnel. Par comparaison avec l'unité ou la catégorie qui bénéficie de la loi contestée, les demandeurs relèvent de la catégorie générale des non-conjoints, et ne peuvent en bénéficier en raison de leur statut de non-conjoints, et non pas à cause de leurs tendances sexuelles.

e À l'intérieur de la catégorie des non-conjoints dont relèvent les demandeurs, ils font aussi partie de la sous-catégorie des partenaires du même sexe dont le style de vie évoque plusieurs caractéristiques ou attributs de la catégorie des conjoints; n'empêche, à mon avis tout au moins, que cela ne leur donne pas les attributs du sens traditionnellement compris du couple de conjoints, qui forme l'élément fondamental de toute société.

g Cela ne veut pas dire que l'union de personnes de même sexe est moins digne d'attention que l'union conjugale, ou qu'elle ne mérite pas un traitement spécial, voire un traitement plus favorable encore que pour les couples mariés ou les autres couples de non-conjoints. Cette distinction signifie tout simplement qu'il s'agit là d'une union différente de l'union conjugale et que les partenaires d'une telle union ne peuvent s'attendre à partager les bénéfices réservés aux conjoints liés dans une union conjugale, et ce non pas à cause de leurs tendances sexuelles, mais parce que leur union n'est pas une union conjugale.

j Le couple d'homosexuels n'est que l'une des sous-catégories de la catégorie générale des non-conjoints de même sexe qui vivent ensemble. À mon avis, le

spouse's allowance program simply because they are not a spousal couple which Parliament has chosen to limit to couples of the opposite sex who live together publicly representing themselves as husband and wife.

As I have concluded that the challenged law does not infringe the plaintiffs' subsection 15(1) rights on the basis of either their sex or their sexual orientation there is no necessity to proceed further to determine whether the law can be justified under the provisions of section 1 of the Charter.

Accordingly judgment will be given dismissing the plaintiffs' claims with costs.

législateur ne les a pas inclus dans le programme des allocations aux conjoints pour l'unique raison qu'ils ne forment pas une union conjugale, dont le législateur a choisi de limiter la définition aux couples de personnes de sexe opposé qui vivent ensemble et qui se présentent en public comme mari et femme.

Comme j'ai conclu que la Loi contestée ne porte pas atteinte aux droits que garantit aux demandeurs le paragraphe 15(1) de la Charte ni en raison de leur sexe ni en raison de leurs tendances sexuelles, il n'est pas nécessaire d'examiner si cette loi peut être justifiée au regard des dispositions de l'article premier de la Charte.

Par ces motifs, jugement sera rendu pour rejeter l'action des demandeurs avec dépens.

A-232-91

A-232-91

Sivaganthan Rasaratnam (Applicant)**Sivaganthan Rasaratnam (requérant)**

v.

c.

The Minister of Employment and Immigration (Respondent)**Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (intimé)****INDEXED AS: RASARATNAM v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (C.A.)****RÉPERTORIÉ: RASARATNAM c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)**

Court of Appeal, Mahoney, Stone and Linden J.J.A.—Toronto, November 26; Ottawa, December 5, 1991.

Cour d'appel, juges Mahoney, Stone et Linden, J.C.A.—Toronto, 26 novembre; Ottawa, 5 décembre 1991.

Immigration — Refugee status — Internal flight alternative (IFA) — Appeal from Immigration and Refugee Board's decision applicant not Convention refugee — Applicant Sri Lankan Tamil — Board finding although objective fear of persecution in particular area, applicant could safely seek refuge in another part of country — Application dismissed — IFA concept inherent in Convention refugee definition requiring claimant to be outside country of nationality and unable to return by reason of well-founded fear of persecution — Prerequisites to finding claimant not Convention refugee for IFA: (1) Board must be satisfied on balance of probabilities no serious possibility of persecution in part of country where IFA exists; (2) Conditions in that part of country must be such that not unreasonable, in all circumstances, for claimant to seek refuge there; (3) Since by definition Convention refugee must be refugee from a country, not from some subdivision or region thereof, claimant cannot be Convention refugee if IFA — Determination of whether existing IFA integral to determination whether Convention refugee — Question of IFA must be expressly raised at hearing by refugee hearing officer or Board and claimant afforded opportunity to address it — Ample evidence supporting Board's finding Colombo an IFA for Tamil refugees and reasonable for applicant to seek refuge there.

Immigration — Statut de réfugié — Possibilité de refuge dans une autre partie du même pays — Appel de la décision de la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié selon laquelle le requérant n'est pas un réfugié au sens de la Convention — Le requérant est un Tamil Sri Lankais — La Commission a conclu que bien qu'il existe une crainte bien fondée de persécution dans une région particulière, le requérant aurait pu se réfugier dans une autre partie du pays — Requête rejetée — Le concept de la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays est inhérent à la définition de réfugié au sens de la Convention selon laquelle le demandeur doit se trouver hors du pays dont il a la nationalité et il doit ne pouvoir y retourner au motif qu'il craint avec raison d'être persécuté — Les conditions nécessaires pour conclure que le demandeur n'est pas un réfugié au sens de la Convention en raison d'une possibilité de refuge dans une autre partie du même pays sont les suivantes: (1) la Commission doit être convaincue selon la prépondérance des probabilités que le demandeur ne risque pas sérieusement d'être persécuté dans la partie du pays où il existe une possibilité de refuge; (2) la situation dans cette partie du pays doit être telle qu'il ne serait pas déraisonnable pour le demandeur, compte tenu de toutes les circonstances, de s'y réfugier; (3) puisque, par définition, le réfugié au sens de la Convention doit être un réfugié d'un pays, et non d'une certaine partie ou région d'un pays, le demandeur ne peut être un réfugié au sens de la Convention s'il existe une possibilité de refuge dans une autre partie du même pays — La décision portant sur l'existence ou non d'une telle possibilité fait partie intégrante de la décision portant sur le statut de réfugié au sens de la Convention — La question de la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays doit être expressément soulevée lors de l'audience par l'agent d'audience ou par la Commission, et le demandeur doit avoir l'occasion d'y répondre — La Commission pouvait s'appuyer sur une preuve abondante pour conclure que Colombo présentait une possibilité de refuge pour les réfugiés Tamil et qu'il était raisonnable pour l'appelant d'y chercher refuge.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Zalzali v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1991] 3 F.C. 605 (C.A.).

AUTHORS CITED

Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, Geneva, 1979.

COUNSEL:

Lorne Waldman for applicant.
Bonnie J. Boucher for respondent.

SOLICITORS:

Lorne Waldman, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MAHONEY J.A.: This is an appeal from the decision of the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board that the applicant, a Sri Lankan Tamil, is not a Convention refugee. The issue concerns what is termed internal refugee, the internal flight alternative, or "IFA". The Board expressly resolved any doubts as to the applicant's (hereinafter referred to as appellant) credibility in his favour and went on to find:

... that the claimant fears persecution in the Jaffna area at the hands of the LTTE. That fear has an objective basis. ...

If Sri Lanka were a country controlled by the LTTE, I would have no difficulty in finding that the claimant had a well-founded fear of persecution. But it is not. The Sri Lanka government effectively controls the majority of the country, particularly the south. Colombo is situated in this area. The claimant lived in Colombo from June 1989 until December 1989 without incident.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 2 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 1).

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Zalzali c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1991] 3 C.F. 605 (C.A.).

DOCTRINE

Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, Genève, 1979.

AVOCATS:

Lorne Waldman pour le requérant.
Bonnie J. Boucher pour l'intimé.

PROCUREURS:

Lorne Waldman, Toronto, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: Il s'agit d'un appel de la décision de la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié selon laquelle le requérant, un Tamil Sri Lankais, n'est pas un réfugié au sens de la Convention. Le litige porte sur ce qu'on appelle la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays. La Commission a expressément dissipé tout doute quant à la crédibilité du requérant (ci-après appelé appellant), et a par la suite conclu:

[TRADUCTION] ... que le demandeur craint d'être persécuté par les LTTE dans la région de Jaffna. Cette crainte a un fondement objectif. ...

Si le Sri Lanka était sous l'emprise des LTTE, je n'éprouverais aucune difficulté à conclure que le demandeur a une crainte bien fondée de persécution. Mais tel n'est pas le cas. Le gouvernement sri lankais contrôle effectivement la plus grande partie du pays, particulièrement le sud. C'est dans cette région qu'est située la ville de Colombo. Le demandeur y a vécu de juin 1989 à décembre 1989 sans qu'aucun incident ne se produise.

The claimant stated that he fears he would be arrested and possibly shot as soon as he arrived at Colombo airport. He provided no details as to why he believes this. The claimant departed from Colombo airport with his own passport without encountering any problems. There is no mention in the numerous articles submitted by the claimant to support this contention of immediate arrest upon arrival. There is evidence that a large population of Tamil people live in Colombo. There is no evidence that this group is being persecuted by the government of Sri Lanka.

... I am unable to conclude that the claimant's subjective fear of persecution has an objective basis.

The LTTE are the so-called Tamil Tigers.

The *Immigration Act*¹ defines "Convention refugee":

2...

"Convention refugee" means any person who

(a) by reason of a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion,

(i) is outside the country of the person's nationality and is unable or, by reason of that fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country, or

(ii) not having a country of nationality, is outside the country of the person's former habitual residence and is unable or, by reason of that fear, is unwilling to return to that country, and

(b) has not ceased to be a Convention refugee by virtue of subsection (2),

but does not include any person to whom the Convention does not apply pursuant to section E or F of Article 1 thereof, which sections are set out in the schedule to this Act;

The appellant argues that the Board misapplied the test for IFA in finding that he did not have a well-founded fear of persecution because he could have sought internal refuge in Colombo. He also argues that it misconstrued the evidence regarding the possibility of IFA in Colombo.

The appellant submits the following propositions as prerequisites to a finding that a claimant is not a Convention refugee because of an IFA.

¹ R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1).

Le demandeur a exprimé sa crainte d'être arrêté et peut-être abattu dès son arrivée à l'aéroport de Colombo, mais il n'a apporté aucune précision pour appuyer cette crainte. Il a quitté l'aéroport de Colombo, muni de son propre passeport, sans aucune difficulté. Les nombreuses pièces soumises par le demandeur ne contiennent rien qui permette d'appuyer sa prétention selon laquelle il serait mis en état d'arrestation dès son arrivée. La preuve démontre qu'une importante population de Tamils vivent à Colombo. Toutefois, aucune preuve ne démontre que ce groupe est persécuté par le gouvernement du Sri Lanka.

... Je ne peux conclure que la crainte subjective de persécution éprouvée par le demandeur repose sur un fondement objectif.

Les LTTE sont les soi-disant Tigres Tamils.

La *Loi sur l'immigration*¹ définit «réfugié au sens de la Convention».

2...

«réfugié au sens de la Convention» Toute personne:

(a) qui, craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques:

(i) soit se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays,

(ii) soit, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle, ne peut ou, en raison de cette crainte, ne veut y retourner;

(b) n'a pas perdu son statut de réfugié au sens de la Convention en application du paragraphe (2).

Sont exclues de la présente définition les personnes soustraites à l'application de la Convention par les sections E ou F de l'article premier de celle-ci dont le texte est reproduit à l'annexe de la présente loi.

L'appelant prétend que la Commission a appliqué erronément le critère de la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays en concluant qu'il n'avait pas une crainte bien fondée de persécution puisqu'il aurait pu se réfugier dans une autre partie du pays, soit Colombo. Il prétend également que la Commission a mal interprété les éléments de preuve portant sur la possibilité de refuge à Colombo.

L'appelant soumet les propositions suivantes à titre de conditions nécessaires pour conclure que le demandeur n'est pas un réfugié au sens de la Conven-

¹ L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 2 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 1).

First, the Board must be satisfied on the evidence before it that the circumstances in the part of the country to which the claimant could have fled are sufficiently secure to ensure that the appellant would be able “to enjoy the basic and fundamental human rights”.

Second, conditions in that part of the country must be such that it would not be unreasonable, in all the circumstances, for the claimant to seek refuge there.

Third, once a claimant has established a well-founded fear of persecution in one part of a country, the onus is no longer on the claimant to prove, on a balance of probabilities, that he or she is a Convention refugee but rather, the onus is on the Minister to satisfy the Board, on a balance of probabilities, that there is an IFA since finding an IFA is essentially the equivalent of finding a cessation of or exclusion from Convention refugee status.

It is said that the only reference to the IFA concept in this Court’s jurisprudence is to be found in *Zalzali v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*² where Décarry J.A., said [at pages 614-615]:

I do not have to decide here what is meant by “government”. I know that in principle persecution in a given region will not be persecution within the meaning of the Convention if the government of the country is capable of providing the necessary protection elsewhere in its territory, and if it may be reasonably expected that, taking into account all the circumstances, victims will move to that part of the territory where they will be protected.

In a footnote referenced to that passage, Décarry J.A. referred to a number of decisions of the Immigration Appeal Board and to paragraph 91 of the U.N. Handbook,³ which reads:

91. The fear of being persecuted need not always extend to the whole territory of the refugee’s country of nationality. Thus

² [1991] 3 F.C. 605 (C.A.).

³ *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, Geneva, 1979.

tion en raison d’une possibilité de refuge dans une autre partie du même pays.

[TRADUCTION] En premier lieu, la Commission doit être convaincue, d’après la preuve qui lui est soumise, que les circonstances dans la partie du pays où le demandeur aurait pu se réfugier sont suffisamment sécuritaires pour permettre à l’appelant de «jouir des droits fondamentaux de la personne».

En deuxième lieu, la situation dans cette partie du pays doit être telle qu’il ne serait pas déraisonnable pour le demandeur, compte tenu de toutes les circonstances, de s’y réfugier.

En troisième lieu, lorsque le demandeur a établi une crainte bien fondée de persécution dans une partie du pays, il ne lui appartient plus de prouver, selon la prépondérance des probabilités, qu’il est un réfugié au sens de la Convention; il incombe plutôt au ministre de convaincre la Commission, selon la prépondérance des probabilités, qu’il existe une possibilité de refuge dans une autre partie du même pays, puisque conclure en ce sens revient en substance à refuser d’accorder ou de maintenir le statut de réfugié au sens de la Convention.

Il semble que parmi la jurisprudence de cette Cour, seul le jugement rendu dans l’affaire *Zalzali c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*² mentionne le concept de la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays. Le juge Décarry, J.C.A., y dit [aux pages 614 et 615]:

Je n’ai pas ici à décider ce qu’il faut entendre par «gouvernement». Je sais qu’en principe une persécution dans une région donnée ne sera pas une persécution au sens de la Convention si le gouvernement du pays est en mesure, ailleurs sur son territoire, d’assurer la protection voulue, mais encore faut-il qu’on puisse raisonnablement attendre des victimes, compte tenu de toutes les circonstances, qu’elles se déplacent vers cette partie du territoire où elles seraient protégées.

Le juge Décarry, J.C.A., fait mention, dans le renvoi faisant suite à cette citation, de certaines décisions de la Commission d’appel de l’immigration et du paragraphe 91 du Guide des Nations Unies³, ainsi libellé:

91. La crainte d’être persécuté ne doit pas nécessairement s’étendre à l’ensemble du territoire du pays dont l’intéressé a la

² [1991] 3 F.C. 605 (C.A.).

³ *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, Genève, 1979.

in ethnic clashes or in cases of grave disturbances involving civil war conditions, persecution of a specific ethnic or national group may occur in only one part of the country. [The emphasis is in the original.]

In my opinion, the IFA concept is inherent in the Convention refugee definition. That definition requires the claimant to be outside the country of nationality or former habitual residence and unable, or unwilling, to return to it by reason of a well-founded fear of persecution for one of the stated reasons: race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion. I see no need to reach a concluded opinion that fear of persecution so circumscribed is necessarily co-extensive with deprivation of the enjoyment of "the basic and fundamental human rights". I would, accordingly, restate the first proposition: the Board must be satisfied on a balance of probabilities that there is no serious possibility of the claimant being persecuted in the part of the country to which it finds an IFA exists.

I find no fault with the second proposition.

As to the third proposition, since by definition a Convention refugee must be a refugee from a country, not from some subdivision or region of a country, a claimant cannot be a Convention refugee if there is an IFA. It follows that the determination of whether or not there is an IFA is integral to the determination whether or not a claimant is a Convention refugee. I see no justification for departing from the norms established by the legislation and jurisprudence and treating an IFA question as though it were a cessation of or exclusion from Convention refugee status. For that reason, I would reject the appellant's third proposition.

That said, however, a claimant is not to be expected to raise the question of an IFA nor is an allegation that none exists simply to be inferred from the claim itself. The question must be expressly raised at the hearing by the refugee hearing officer or

nationalité. En cas de conflit entre des ethnies ou en cas de troubles graves équivalant à une situation de guerre civile, les persécutions dirigées contre un groupe ethnique ou national particulier peuvent être limitées à une partie du pays. [Déjà en italique dans l'original.]

^a À mon avis, le concept de la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays est inhérent à la définition de réfugié au sens de la Convention. Selon cette définition, le demandeur doit se trouver hors du pays dont il a la nationalité ou de celui où il avait sa résidence habituelle et il doit ne pouvoir ou ne vouloir y retourner au motif qu'il craint avec raison d'être persécuté du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques. Je n'éprouve pas le besoin d'en conclure que la crainte d'être persécuté ainsi restreinte est nécessairement de la même nature que la perte de jouissance des «droits fondamentaux de la personne». En conséquence, j'énoncerais de nouveau la première proposition: la Commission doit être convaincue selon la prépondérance des probabilités que le demandeur ne risque pas sérieusement d'être persécuté dans la partie du pays où, selon elle, il existe une possibilité de refuge.

La seconde proposition est juste.

^f En ce qui concerne la troisième, puisque, par définition, le réfugié au sens de la Convention doit être un réfugié d'un pays, et non d'une certaine partie ou région d'un pays, le demandeur ne peut être un réfugié au sens de la Convention s'il existe une possibilité de refuge dans une autre partie du même pays. Il s'ensuit que la décision portant sur l'existence ou non d'une telle possibilité fait partie intégrante de la décision portant sur le statut de réfugié au sens de la Convention du demandeur. Je ne vois aucune raison de déroger aux normes établies par les lois et la jurisprudence et de traiter de la question de la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays comme s'il s'agissait d'un refus d'accorder ou de maintenir le statut de réfugié au sens de la Convention. Pour ce motif, je rejetterais la troisième proposition de l'appelant.

Cela dit, toutefois, on ne peut s'attendre à ce que le demandeur de statut soulève la question de la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays ni à ce qu'on puisse simplement déduire de la demande elle-même la prétention que cette possibilité est

the Board and the claimant afforded the opportunity to address it with evidence and argument.

In my opinion, in finding the IFA, the Board was required to be satisfied, on a balance of probabilities, that there was no serious possibility of the appellant being persecuted in Colombo and that, in all the circumstances including circumstances particular to him, conditions in Colombo were such that it would not be unreasonable for the appellant to seek refuge there.

The appellant takes exception to the finding that [t]he claimant lived in Colombo from June 1989 until December 1989 without incident.

and to the finding that

There is evidence that a large population of Tamil people live in Colombo. There is no evidence to suggest that this group has been persecuted by the government of Sri Lanka.

He says that the first ignores his evidence, found credible, that he did not leave his apartment at all during most of his six months in Colombo because of the presence of the LTTE there and that the latter ignores documentary evidence of persecution of Tamils by the Sri Lankan government. He further says that even if he could seek refuge in Colombo, it is not reasonable to expect him to do so because Tamils are in a minority there and the Sinhalese majority have, on occasion and with possible government complicity, oppressed them.

The evidence discloses three very different sets of conditions in different parts of Sri Lanka during the periods before, during and after the presence of the Indian Peace Keeping Force, the "IPKF". While the appellant was in Colombo, the IPKF was in Sri Lanka; it has since left. The appellant testified to having had problems with the IPKF, not Sri Lankan authorities. After he had been in Colombo two months, he became aware of the presence there of the LTTE which was cooperating with the government to secure withdrawal of the IPKF. It was fear of the LTTE that kept him in his apartment. After withdrawal of the IPKF, the LTTE also withdrew from Colombo and is again operating against the govern-

inexistante. La question doit être expressément soulevée lors de l'audience par l'agent d'audience ou par la Commission, et le demandeur doit avoir l'occasion d'y répondre en présentant une preuve et des moyens.

^a À mon avis, en concluant à l'existence d'une possibilité de refuge, la Commission se devait d'être convaincue, selon la prépondérance des probabilités, que l'appelant ne risquait pas sérieusement d'être persécuté à Colombo et que, compte tenu de toutes les circonstances, dont celles lui étant particulières, la situation à Colombo était telle qu'il ne serait pas déraisonnable pour l'appelant d'y chercher refuge.

^b L'appelant s'oppose à la conclusion selon laquelle [L]e demandeur... a vécu [à Colombo] de juin 1989 à décembre 1989 sans qu'aucun incident ne se produise.

et à celle selon laquelle

^c La preuve démontre qu'une importante population de Tamils vivent à Colombo. Toutefois, aucune preuve ne démontre que ce groupe est persécuté par le gouvernement du Sri Lanka.

^d Il soutient que la première conclusion ne tient pas compte de la preuve, jugée crédible, selon laquelle il s'est cloîtré dans son appartement pendant la plus grande partie des six mois vécus à Colombo en raison de la présence des LTTE, et que la seconde conclusion ferme les yeux sur la preuve documentaire de la persécution des Tamils par le gouvernement sri lankais. Il prétend également que même s'il pouvait se réfugier à Colombo, on ne peut raisonnablement s'attendre à ce qu'il le fasse puisque les Tamils y sont minoritaires et que la majorité cinghalaise les a opprimés à l'occasion, avec la complicité possible du gouvernement.

^e La preuve fait état de trois situations très différentes dans diverses parties du Sri Lanka au cours des périodes entourant la présence de la Indian Peace Keeping Force, la «IPKF». Au moment où l'appelant était à Colombo, la IPKF était au Sri Lanka; depuis, celle-ci a quitté le pays. L'appelant a déclaré, lors de son témoignage, avoir eu des démêlés avec la IPKF, et non avec les autorités sri lankaises. Après un séjour de deux mois à Colombo, il a pris connaissance de la présence des LTTE, lesquels coopéraient avec le gouvernement pour assurer le retrait de la IPKF. Craignant les LTTE, l'appelant est demeuré dans son appartement. Après le retrait de la IPKF, les LTTE ont également quitté Colombo, et ils militent à

ment in the north and east of Sri Lanka, well away from Colombo. The evidence is that the last large-scale difficulties between Tamils and Sinhalese in Colombo was in 1983. It coincided with the outbreak of the Tamil violence in the north and east and the murder of Sinhalese soldiers by Tamil youths in Jaffna. The evidence is that, since withdrawal of the IPKF, violence in Sri Lanka has been concentrated in the north and east and not anywhere near Colombo.

It may have been somewhat misleading to say that the appellant had lived in Colombo without incident inasmuch as his life style there was scarcely normal. That said, there was ample evidence upon which the Board could conclude that, at the time of its hearing, Colombo provided an IFA for Tamil refugees from Jaffna generally and that, in all the circumstances of the appellant's case, it would not be unreasonable for him to seek refuge there. I am unable to deduce from the record that it adopted any wrong principle or otherwise erred in reaching that conclusion.

In my opinion, the Board did not err in concluding that the appellant is not a Convention refugee. I would dismiss the appeal.

STONE J.A.: I agree.

LINDEN J.A.: I agree.

nouveau contre le gouvernement au nord et à l'est du Sri Lanka, bien loin de Colombo. La preuve démontre que c'est en 1983 que les dernières hostilités importantes ont opposé les Tamils et les Cinghalais à Colombo. Elles ont coïncidé avec l'explosion de violence tamile au nord et à l'est et avec le meurtre de soldats cinghalais par des jeunes Tamils à Jaffna. La preuve démontre également que depuis le retrait de la IPKF, la violence a surtout fait rage au nord et à l'est du Sri Lanka, et nulle part près de Colombo.

Il a pu être quelque peu trompeur de déclarer que l'appelant avait vécu à Colombo sans qu'aucun incident ne se produise, compte tenu que son style de vie n'était guère normal. Ceci étant dit, la Commission pouvait s'appuyer sur une preuve abondante pour conclure que, au moment de l'audience de l'appelant, Colombo présentait une possibilité de refuge pour les réfugiés Tamils en provenance de Jaffna et que, compte tenu de toutes les circonstances du cas de l'appelant, il ne lui serait pas déraisonnable d'y chercher refuge. Compte tenu du dossier, je ne peux conclure que la Commission a appliqué quelque principe erroné ou qu'elle a par ailleurs commis une erreur pour en venir à sa conclusion.

À mon avis, la Commission n'a commis aucune erreur en concluant que l'appelant n'est pas un réfugié au sens de la Convention. Je rejetterais l'appel.

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

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

	T-1508-89		T-1508-89
Her Majesty the Queen (Applicant)		Sa Majesté la Reine (requérante)	
v.		c.	
Robert Duncan (Respondent)		^a Robert Duncan (intimé)	
	T-1509-89		T-1509-89
Her Majesty the Queen (Applicant)		Sa Majesté la Reine (requérante)	
v.		^b c.	
Stephen Petroff (Respondent)		Stephen Petroff (intimé)	
<i>INDEXED AS: CANADA v. DUNCAN (T.D.)</i>		^c <i>RÉPERTORIÉ: CANADA c. DUNCAN (1^{re} INST.)</i>	

Trial Division, Jerome A.C.J.—Toronto, January 15, 19 and April 2, 1990; Ottawa, November 1, 1991.

Income tax — Enforcement — “Jeopardy collection order” — Application under Income Tax Act, s. 225.2(8) to review ex parte order authorizing Minister to take collection proceedings immediately — Respondents charged with drug trafficking in U.S.A. — Each posting \$750,000 bail, consenting to judgment paying U.S. Government over \$1 million seized upon arrest — Minister registering cautions against properties — Respondents alleging order made upon no evidence or credibly based probability actions required to prevent tax evasion — S. 225.2 requiring Minister to satisfy judge reasonable grounds to believe collection of tax debt could be jeopardized by delay — Test whether actual jeopardy arising from likely delay — Minister having ultimate burden of justifying decision — Mere suspicion collection jeopardized insufficient — Respondent not establishing failure to adhere to standard of disclosure — Nature of assessment may raise reasonable apprehension of jeopardy — Substantial drug-related income — On balance of probabilities, delay may jeopardize collection — Disclosure adequate.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Respondents charged with drug trafficking in U.S.A. — Bail set at \$750,000 — Required to pay U.S. Government \$1 million in possession at time of arrest — M.N.R. obtaining ex parte order pursuant to Income Tax Act, s. 225.2 authorizing immediate collection of tax debt — M.N.R. registering cautions against properties — Respondents arguing

Section de première instance, juge en chef adjoint Jerome—Toronto, 15 janvier, 19 janvier et 2 avril 1990; Ottawa, 1^{er} novembre 1991.

^d *Impôt sur le revenu — Recouvrement — «Ordonnance de recouvrement de protection» — Demande faite en application de l’art. 225.2(8) de la Loi de l’impôt sur le revenu en vue d’obtenir la révision d’une ordonnance ex parte autorisant le ministre à prendre immédiatement des mesures de recouvrement — Les intimés ont été inculpés de trafic de drogues aux États-Unis — Ils ont chacun fourni un cautionnement de 750 000 \$ et ont donné leur consentement à un jugement prescrivant le versement au gouvernement américain d’une somme dépassant un million de dollars qui avait été saisie au moment de leur arrestation — Le ministre a fait enregistrer des avis sur leurs biens — Selon les intimés, l’ordonnance a été rendue en dépit du fait que pratiquement rien n’établissait selon toute vraisemblance que ces mesures étaient nécessaires pour empêcher l’évasion fiscale — Selon l’art. 225.2, le ministre doit convaincre le juge qu’il existe des motifs raisonnables de croire que l’octroi d’un délai pourrait compromettre le recouvrement de la dette fiscale — Le critère est de déterminer si le recouvrement est compromis en raison du délai à la suite duquel il sera vraisemblablement effectué — Le ministre a le fardeau ultime de justifier la décision — Il n’est pas suffisant de simplement soupçonner que le délai accordé compromettra le recouvrement — L’intimé n’a pas prouvé que la norme de divulgation n’avait pas été respectée — La nature de la cotisation peut raisonnablement faire craindre que le recouvrement ne soit compromis — Existence de revenus considérables reliés à la drogue — Selon la prépondérance des probabilités, le délai accordé peut compromettre le recouvrement — La divulgation était suffisante.*

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Les intimés ont été inculpés de trafic de drogues aux États-Unis — Le cautionnement a été fixé à 750 000 \$ — Les parties ont dû verser au gouvernement américain la somme de un million de dollars qui était en leur possession au moment de leur arrestation — Le M.N.R. a obtenu une ordonnance ex parte conformément à l’art. 225.2 de la Loi de l’im-

order contrary to Charter, s. 7 as could be incarcerated if defence inadequate because assets frozen, and as interference authorized on *ex parte* application not in accordance with principles of fundamental justice — As provisions of Act not attacked, and could not be attacked on originating motion, Charter argument unsuccessful.

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — M.N.R. obtaining ex parte order pursuant to Income Tax Act, s. 225.2 authorizing immediate collection of tax debt — M.N.R. registering cautions against properties — Administrative enforcement procedures freezing taxpayer's assets not a "seizure" — Argument order contrary to Charter, ss. 8 and 12 could not succeed as provisions of Act neither attacked nor subject to attack on motion.

These were applications pursuant to *Income Tax Act*, subsection 225.2(8) to review a "jeopardy collection order". The respondents were charged with drug trafficking offences in the United States. Each posted a cash bond of \$750,000 (U.S.) (raised by mortgaging their Canadian real property) and were released on bail. They also signed consent judgment for the payment to the American Government of an amount exceeding \$1 million which had been in their possession at the time of their arrest. By notices of assessment and reassessments, they were informed of their respective unpaid tax liabilities exceeding \$.5 million each. The Minister obtained an *ex parte* order pursuant to *Income Tax Act*, subsection 225.2(2) authorizing collection of the tax debt without delay. That subsection provides that where a judge is satisfied that there are reasonable grounds to believe that collection of a tax debt could be jeopardized by a delay in the collection thereof, he shall authorize the Minister to take any of the actions described in paragraphs 225.1(1)(a) to (g). Further to the order, the M.N.R. caused registrations to be made on the title of certain properties. In moving to set aside the charging order to show cause, the respondents alleged that proper disclosure had not been made. They further submitted that the order was contrary to Charter, section 7 (denial of right to life, liberty and security of the person) as the "freezing" of their assets could result in their mounting an inadequate defence to the criminal charges which could in turn result in incarceration. Additionally, it was argued that to authorize interference on an *ex parte* application was not in accordance with the principles of fundamental justice. They submitted that the order contravened Charter, section 8 as an unreasonable seizure not in compliance with the requirements set out in *Hunter et al. v. Southam Inc.* in that it was made upon virtually no evidence or credibly based probability that such actions were required to prevent tax evasion. Subsection 225.2(2) itself was not under attack. The applicant submitted that if the evidence, on the balance of probabilities, leads to a conclusion that it is more likely than

pôt sur le revenu l'autorisant à recouvrer immédiatement la dette fiscale — Le M.R.N. a fait enregistrer des avis sur leurs biens — Les intimés ont prétendu que l'ordonnance contrevenait à l'art. 7 de la Charte parce qu'ils pourraient être incarcérés s'ils n'étaient pas défendus convenablement en raison du blocage de leurs biens, et parce que cette ingérence, autorisée sur présentation d'une requête *ex parte*, violait les principes de justice fondamentale — Comme les dispositions de la Loi n'étaient pas attaquées et ne pouvaient l'être dans une requête introductive d'instance, les arguments fondés sur la Charte ont été rejetés.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Le M.R.N. a obtenu une ordonnance ex parte conformément à l'art. 225.2 de la Loi de l'impôt sur le revenu l'autorisant à prendre immédiatement des mesures de recouvrement à l'égard de dettes fiscales — Le M.R.N. a fait enregistrer des avis sur des biens — Des mécanismes d'application administratifs ayant pour effet de bloquer les biens d'un contribuable ne sont pas une « saisie » — L'argument selon lequel l'ordonnance contrevenait aux art. 8 et 12 de la Charte ne pouvait réussir parce que les dispositions de la Loi n'étaient pas attaquées et ne pouvaient l'être dans une requête.

Il s'agissait de demandes faites conformément au paragraphe 225.2(8) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en vue d'obtenir la révision d'une « ordonnance de recouvrement de protection ». Les intimés ont été inculpés d'infractions relatives au trafic de drogues aux États-Unis. Ils ont chacun fourni un cautionnement en espèces de 750 000 \$ U.S. (après avoir hypothéqué les biens immobiliers qu'ils possédaient au Canada) et ont été mis en liberté sous caution. Ils ont également signé un jugement de consentement prescrivant le versement au gouvernement américain d'une somme de plus de un million de dollars qui était en leur possession au moment de leur arrestation. Des avis de cotisation et de nouvelles cotisations leur ont appris qu'ils avaient chacun une dette fiscale supérieure à un demi million de dollars. Le ministre a obtenu une ordonnance *ex parte* aux termes du paragraphe 225.2(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* l'autorisant à recouvrer sans délai la dette fiscale. Cette disposition prévoit que le juge saisi autorise le ministre à prendre immédiatement des mesures visées aux alinéas 225.1(1)a) à g) s'il est convaincu qu'il existe des motifs raisonnables de croire que l'octroi d'un délai pour payer le montant compromettrait le recouvrement de ce montant. Par suite de l'ordonnance, le M.R.N. a fait faire des enregistrements sur le titre de certains biens. Dans la requête qu'ils ont présentée en vue d'obtenir l'annulation de l'ordonnance constitutive de charge, les intimés ont prétendu que la divulgation qui avait été faite était insuffisante. Ils ont en outre prétendu que l'ordonnance contrevenait à l'article 7 de la Charte (privation du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne) parce que le « blocage » de leurs biens pourrait les empêcher d'assurer convenablement leur défense contre les accusations de nature criminelle dont ils faisaient l'objet, ce qui pourrait entraîner leur incarcération. Ils ont aussi soutenu que cette ingérence, autorisée sur présentation d'une requête *ex parte*, violait les principes de justice fondamentale. Ils ont prétendu que l'ordonnance contrevenait à l'article 8 de la Charte en ce qu'elle constituait une saisie abusive ne respectant pas les con-

not that the collection would be jeopardized by a delay then the order should be allowed to stand. The issues were whether the order was contrary to the Charter; whether there were reasonable grounds to believe that the collection of a tax debt would be jeopardized by a delay in collection; and whether the Minister failed to observe the high standard of disclosure to the Court that is required on *ex parte* applications.

Held, the applications should be dismissed.

The Charter arguments could not succeed. The relevant sections of the *Income Tax Act* were not constitutionally challenged, and could not be attacked on an originating motion. The Supreme Court of Ontario has found that section 225.2 does not provide for a seizure and this Court has determined that other administrative enforcement mechanisms in the *Income Tax Act* are not contrary to Charter, section 8. Finally, the Charter does not in specific terms directly affect property rights. It was doubtful that this was a "seizure". The taxpayer's assets were not altered and there was no transfer of title. While the filing of a caution on title may restrict the disposition of property, it is not a seizure. Activities pursued by the Minister in accordance with the administrative enforcement mechanisms of a regulatory statute that effectively "freeze" a taxpayer's assets do not constitute a "seizure" in the sense required to bring these activities within *Hunter et al. v. Southam Inc.*

The test to be met with respect to subsection 225.2(1) is whether the actual jeopardy arises from the likely delay in the collection thereof. In a subsection 225.2(8) review of a jeopardy collection order, the taxpayer has the initial burden of showing that there are reasonable grounds to doubt that the test required by subsection 225.2(2) has been met, and the Minister has the ultimate burden of justifying the decision. Mere suspicion that collection will be jeopardized by the delay is not sufficient. The Minister can rely on the exceptional provisions in subsection 225.2(1) whenever, on a balance of probability, the time allowed by the taxpayer by subsection 225.1(1) would jeopardize his debt. The Minister may act in cases where the taxpayer may waste, liquidate or otherwise transfer his property to escape the tax authorities. The present provision has a greater safeguard than its predecessor in that it now requires authorization by a court before "jeopardy collection" procedures can be initiated.

The respondents must establish a failure to adhere to the standard of disclosure. On an *ex parte* application, an applicant must exercise utmost good faith and ensure full and frank dis-

ditions énoncées dans l'arrêt *Hunter et autres c. Southam Inc.* vu qu'elle avait été rendue en dépit du fait que pratiquement rien n'établissait selon toute vraisemblance que ces mesures étaient nécessaires pour empêcher l'évasion fiscale. Le paragraphe 225.2(2) même n'était pas attaqué. La requérante a soutenu que si, selon la prépondérance des probabilités, la preuve permet de conclure que l'octroi d'un délai compromettrait selon toute vraisemblance le recouvrement, alors l'ordonnance devrait être confirmée. Les questions en litige étaient de savoir si l'ordonnance contrevenait à la Charte; s'il y avait des motifs raisonnables de croire que le recouvrement d'une dette fiscale serait compromis par l'octroi d'un délai pour payer ce montant; et si le ministre a omis d'observer la norme élevée de divulgation à la Cour qui régit les requêtes *ex parte*.

Jugement: les demandes devraient être rejetées.

Les arguments fondés sur la Charte ne pouvaient aboutir. La constitutionnalité des dispositions pertinentes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'était pas attaquée et ne pouvait l'être dans une requête introductive d'instance. La Cour suprême de l'Ontario a conclu que l'article 225.2 ne prévoit rien au sujet d'une saisie et la présente Cour a établi que d'autres mécanismes d'application administratifs de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne contreviennent pas à l'article 8 de la Charte. Enfin, la Charte ne régit pas directement les droits réels de façon expresse. Il était douteux qu'il s'agisse d'une «saisie». Les biens des contribuables n'ont pas été transformés et il n'y a pas eu de transfert de titre. Même si le dépôt d'un avis sur le titre peut empêcher l'aliénation des biens, cela ne constitue pas une «saisie». Les gestes posés par le ministre en conformité avec les mécanismes d'application administratifs d'une loi de réglementation qui «bloquent» effectivement les biens d'un contribuable ne constituent pas une «saisie» au sens où on l'entend pour que ces gestes tombent sous le coup de l'arrêt *Hunter et autres c. Southam Inc.*

Le critère à respecter relativement au paragraphe 225.2(1) est de savoir si le recouvrement est compromis en raison du délai à la suite duquel il sera vraisemblablement effectué. En ce qui concerne la révision d'une ordonnance de recouvrement de protection en application du paragraphe 225.2(8), le contribuable a le fardeau initial de prouver qu'il existe des motifs raisonnables de douter qu'on a respecté le critère prévu au paragraphe 225.2(2), et le ministre a le fardeau ultime de justifier la décision. Il n'est pas suffisant de simplement soupçonner que le délai accordé compromettra le recouvrement. Le ministre peut invoquer les dispositions exceptionnelles prévues au paragraphe 225.2(1) chaque fois que, suivant une prépondérance de preuves, le délai accordé au contribuable par le paragraphe 225.1(1) mettrait en péril sa créance. Le ministre peut agir dans les cas où le contribuable risque de dilapider, liquider ou autrement transférer son patrimoine pour échapper au fisc. La disposition actuelle offre une meilleure garantie que la disposition dans sa version antérieure parce qu'elle oblige le ministre à obtenir l'autorisation préalable d'une cour avant de prendre des mesures de «recouvrement de protection».

Les intimés doivent prouver que la norme de divulgation n'a pas été respectée. La requérante qui présente une requête *ex parte* doit, pour réussir, faire preuve d'une extrême bonne foi

closure. The Court must ensure that the same standard is applied to all taxpayers, regardless of their wealth or whether they have broken the law. However, the nature of the assessment may itself raise a reasonable apprehension of jeopardy. The evidence verified that there had been substantial income and that it was drug-related. On the balance of probabilities, delay may jeopardize the collection of the taxpayers' debt. In light of other factual confirmation, the alleged deficiencies in the evidence presented by the Minister upon the *ex parte* motion would not appear to warrant setting aside the order. The level of disclosure by the Minister was adequate, particularly since nothing was taken from the taxpayers until they had been notified of these registrations on title by the Minister.

et faire une divulgation franche et complète. La Cour doit veiller à ce que tous les contribuables soient régis par la même norme, quelle que soit leur fortune respective et que le contribuable ait ou non contrevenu à la loi. Toutefois, la nature de la cotisation même peut raisonnablement faire craindre que le recouvrement ne soit compromis. La preuve a confirmé qu'il y avait des revenus considérables et qu'ils étaient reliés à la drogue. Selon la prépondérance des probabilités, le délai accordé peut compromettre le recouvrement de la dette des contribuables. Vu l'existence d'autres faits confirmatifs, les prétendues irrégularités dont était entachée la preuve présentée par le ministre à l'audition de la requête *ex parte* ne sembleraient pas justifier l'annulation de l'ordonnance. La divulgation faite par le ministre était suffisante, surtout compte tenu du fait que les contribuables n'ont été dépossédés de rien avant d'être avisés des enregistrements faits par le ministre sur le titre de certains biens.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 8, 12.
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 158, 222, 223 (as am. by S.C. 1988, c. 55, s. 168), 225.1 (as enacted by S.C. 1985, c. 45, s. 116; as am. by S.C. 1986, c. 24, s. 2; 1988, c. 55, s. 169), 225.2 (as enacted by S.C. 1985, c. 45, s. 116; as am. by S.C. 1988, c. 55, s. 170).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Rothmans of Pall Mall Canada Limited v. Minister of National Revenue (No. 2), [1976] 2 F.C. 512; [1976] CTC 347 (C.A.); *Turmel v. Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission* (1985), 16 C.R.R. 9 (F.C.T.D.); *Berendt v. The Queen*, Eberle J., S.C.O., not reported; *Danielson v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1987] 1 F.C. 335; [1986] 2 C.T.C. 380; (1986), 86 DTC 6518; 7 F.T.R. 42 (T.D.); *Canada v. Satellite Earth Station Technology Inc.*, [1989] 2 C.T.C. 291; (1989), 89 DTC 5506; 30 F.T.R. 94 (F.C.T.D.); *1853-9049 Québec Inc. v. The Queen*, [1987] 1 C.T.C. 137 (Eng.); [1986] 2 C.T.C. 486 (Fr.); (1986), 87 DTC 5093 (Eng.); 87 DTC 5031 (Fr.); 9 F.T.R. 63 (F.C.T.D.); *D.M.N.R. v. Atchison, V. and W.* (1988), 89 DTC 5088 (B.C.S.C.); *Laframboise v. R.*, [1986] 3 F.C. 521; [1986] 2 C.T.C. 274; (1986), 86 DTC 6396; 5 F.T.R. 161 (T.D.); *Re McLeod and Minister of National Revenue et al.* (1983), 146 D.L.R. (3d) 561; [1983] CTC 168; 83 DTC 5212 (F.C.T.D.).

DISTINGUISHED:

Hunter et al. v. Southam Inc., [1984] 2 S.C.R. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 8, 12.
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 158, 222, 223 (mod. par L.C. 1988, chap. 55, art. 168), 225.1 (édicte par S.C. 1985, chap. 45, art. 116; mod. par S.C. 1986, chap. 24, art. 2; 1988, chap. 55, art. 169), 225.2 (édicte par S.C. 1985, chap. 45, art. 116; mod. par L.C. 1988, chap. 55, art. 170).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Rothmans of Pall Mall Canada Limited c. Le ministre du Revenu national (N° 2), [1976] 2 C.F. 512; [1976] CTC 347 (C.A.); *Turmel c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes* (1985), 16 C.R.R. 9 (C.F. 1^{re} inst.); *Berendt v. The Queen*, juge Eberle, C.S.O., non publiée; *Danielson c. Canada (sous-procureur général)*, [1987] 1 C.F. 335; [1986] 2 C.T.C. 380; (1986), 86 DTC 6518; 7 F.T.R. 42 (1^{re} inst.); *Canada c. Satellite Earth Station Technology Inc.*, [1989] 2 C.T.C. 291; (1989), 89 DTC 5506; 30 F.T.R. 94 (C.F. 1^{re} inst.); *1853-9049 Québec Inc. c. La Reine*, [1987] 1 C.T.C. 137 (Angl.); [1986] 2 C.T.C. 486 (Fr.); (1986), 87 DTC 5093 (Angl.); 87 DTC 5031 (Fr.); 9 F.T.R. 63 (C.F. 1^{re} inst.); *D.M.N.R. v. Atchison V. and W.* (1988), 89 DTC 5088 (C.S.C.-B.); *Laframboise c. R.*, [1986] 3 C.F. 521; [1986] 2 C.T.C. 274; (1986), 86 DTC 6396; 5 F.T.R. 161 (1^{re} inst.); *Re McLeod et le ministre du Revenu national et autres* (1983), 146 D.L.R. (3d) 561; [1983] CTC 168; 83 DTC 5212 (C.F. 1^{re} inst.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Hunter et autres c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14

C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241; *Baron v. Canada*, [1991] 1 F.C. 688; (1991), DTC 5055 (C.A.).

C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241; *Baron c. Canada*, [1991] 1 C.F. 688; (1991), DTC 5055 (C.A.).

COUNSEL:

Peter A. Vita, Q.C., Kevin R. Wilson and Diane Winters for applicant.
Milton A. Davis and Alan D. Gold for respondent Duncan.
L. David Roebuck for respondent Petroff.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Bresver, Grossman, Scheininger & Davis, Toronto, *Gold & Fuerst*, Toronto, for respondent Duncan.
Roebuck & Garbig, Toronto, for respondent Petroff.

The following are the reasons for order rendered in English by

JEROME A.C.J.: The respondents' applications by way of originating notice of motion for a review, pursuant to subsection 225.2(8) of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63 (as am. by S.C. 1988, c. 55, s. 170)], of my order dated July 18, 1989 were heard together at Toronto, Ontario on January 15, 1990, January 19, 1990 and on April 2, 1990. The order, commonly referred to as a "jeopardy collection order", was granted on an *ex parte* application pursuant to subsection 225.2(2) [as am. *idem*] and authorized the Minister of National Revenue (the "Minister") to forthwith take any of the collection actions described in paragraphs 225.1(1)(a) to (g) [as am. *idem*, s. 169] of the *Income Tax Act* with respect to the respondents' tax debt. On August 21, 1990 at Toronto, Ontario, I dismissed the respondents' applications for reasons given orally from the Bench and indicated that these written reasons would follow.

BACKGROUND:

By notices of assessment and reassessments dated June 15, 1989 the respondent Duncan was assessed

AVOCATS:

Peter A. Vita, c.r., Kevin R. Wilson et Diane Winters pour la requérante.
Milton A. Davis et Alan D. Gold pour l'intimé Duncan.
L. David Roebuck pour l'intimé Petroff.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour la requérante.
Bresver, Grossman, Scheininger & Davis, Toronto, *Gold & Fuerst*, Toronto, pour l'intimé Duncan.
Roebuck & Garbig, Toronto, pour l'intimé Petroff.

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

LE JUGE EN CHEF ADJOINT JEROME: Les demandes faites par les intimés par le dépôt d'un avis introductif de requête en vue d'obtenir la révision, conformément au paragraphe 225.2(8) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, chap. 63 (mod. par L.C. 1988, chap. 55, art. 170)], de l'ordonnance que j'ai rendue le 18 juillet 1989 ont été entendues ensemble à Toronto (Ontario) le 15 janvier 1990, le 19 janvier 1990 et le 2 avril 1990. Cette ordonnance, communément appelée [TRADUCTION] «ordonnance de recouvrement de protection», avait été rendue sur présentation d'une requête *ex parte* conformément au paragraphe 225.2(2) [mod., *idem*] et elle autorisait le ministre du Revenu national (le «ministre») à prendre immédiatement des mesures de recouvrement visées aux alinéas 225.1(1)(a) à (g) [mod., *idem*, art. 169] de la *Loi de l'impôt sur le revenu* à l'égard de la dette fiscale des intimés. Le 21 août 1990 à Toronto (Ontario), j'ai rejeté les demandes des intimés pour les motifs prononcés oralement à l'audience et j'ai indiqué que les présents motifs écrits seraient déposés ultérieurement.

HISTORIQUE:

Dans des avis de cotisation et de nouvelles cotisations datés du 15 juin 1989, une cotisation et une

and reassessed with respect to his 1985, 1986 and 1987 taxation years and the respondent Petroff was reassessed with respect to his 1984, 1985, 1986 and 1987 taxation years. This resulted in an unpaid income tax liability of \$511,621.41 for the respondent Duncan and an unpaid income tax liability of \$583,512.27 for the respondent Petroff.

On February 11, 1988 the respondents were apprehended in the United States of America and charged with drug trafficking offences. The respondents were subsequently released on bail upon each posting a cash bond with the United States Court in the amount of \$750,000 (U.S.). On October 3, 1989 the respondents pleaded guilty to a charge of conspiracy to distribute a narcotic substance and agreements were reached between the Assistant United States Attorney and the respondents, subject to judicial approval, that the sentence to be imposed would be 121 months in jail. The respondents signed consent judgments directing payment to the United States Government of money in the amount of \$1,021,010 which was in their possession and seized by the United States authorities at the time of their arrest.

By originating notice of motion dated July 17, 1989 the applicant made an *ex parte* motion pursuant to subsection 225.2(2) of the *Income Tax Act* for an order authorizing the Minister to proceed without delay on collection proceedings with respect to the respondents' tax debt. Upon hearing counsel for the applicant and upon reading the affidavits of Terry Hale, Chief of Collections, Mississauga District Office of Revenue Canada, sworn July 14 and July 18, 1989, by order dated July 18, 1989 I authorized the Minister to take forthwith any of the actions described in paragraphs 225.1(1)(a) to (g) of the *Income Tax Act*. I also directed that service of the order be effected by sending a photostatic copy to the respondents by registered mail on or before July 21, 1989.

On July 18, 1989, certificates were registered in the Federal Court of Canada pursuant to section 223 [as am. *idem*, s. 168] of the *Income Tax Act* certifying that the respondents were in arrears with respect to taxes. As a result of the order, the Minister caused

nouvelle cotisation ont été établies à l'égard des années d'imposition 1985, 1986 et 1987 de l'intimé Duncan, et une nouvelle cotisation a été établie à l'égard des années d'imposition 1984, 1985, 1986 et 1987 de l'intimé Petroff. Il en a résulté une dette fiscale de 511 621,41 \$ pour l'intimé Duncan et une dette fiscale de 583 512,27 \$ pour l'intimé Petroff.

Le 11 février 1988, les intimés ont été appréhendés aux États-Unis d'Amérique et ont été inculpés d'infractions relatives au trafic de drogues. Ils ont par la suite été mis en liberté sous caution après avoir fourni chacun au tribunal américain un cautionnement en espèces de 750 000 \$ US. Le 3 octobre 1989, les intimés ont reconnu leur culpabilité à l'égard d'une accusation de complot en vue de distribuer un stupéfiant, et des ententes ont été conclues entre le procureur fédéral adjoint et les intimés, sous réserve de l'approbation du tribunal, relativement à la peine qui serait imposée, soit un emprisonnement de 121 mois. Les intimés ont signé des jugements de consentement prescrivant le versement au gouvernement des États-Unis de la somme de 1 021 010 \$ qui était en leur possession et qui avait été saisie par les autorités américaines au moment de leur arrestation.

Par le dépôt d'un avis introductif de requête daté du 17 juillet 1989, la requérante a présenté une requête *ex parte* conformément au paragraphe 225.2(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en juillet 1989 en vue d'obtenir une ordonnance autorisant le ministre à procéder sans délai au recouvrement de la dette fiscale des intimés. Après avoir entendu l'avocat de la requérante et après lecture des affidavits de Terry Hale, chef des recouvrements du bureau de district de Mississauga de Revenu Canada, assermentés les 14 et 18 juillet 1989, j'ai autorisé le ministre à prendre immédiatement des mesures visées aux alinéas 225.1(1)(a) à g) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* dans une ordonnance datée du 18 juillet 1989. J'ai également ordonné que l'ordonnance soit signifiée aux intimés par l'envoi par courrier recommandé d'une photocopie au plus tard le 21 juillet 1989.

Le 18 juillet 1989, des certificats attestant que les intimés devaient des impôts ont été enregistrés à la Cour fédérale du Canada conformément à l'article 223 [mod., *idem*, art. 168] de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Par suite de l'ordonnance, le ministre a fait

registrations to be made on the title of certain properties of the respondents. By notice of motion dated July 26, 1989 the applicant sought an order that, unless sufficient cause to the contrary be shown, the respondent Duncan's lands described in Instrument No. CT 847090 registered in the Land Registry Office in Toronto be charged with the judgment in favour of the applicant in the amount of \$517,456.47, together with interest as specified in the certificate dated July 18, 1989. A "Charging Order to Show Cause" was issued on July 27, 1989.

By notice of motion dated August 18, 1989, the respondents apply pursuant to subsection 225.2(8) of the Act for a review of the order of July 18, 1989 and, by supplementary notice of motion dated August 24, 1989, the respondent Duncan seeks *inter alia* to set aside the charging order to show cause dated July 27, 1989, on the basis that proper disclosure had not been made. They also allege that both section 225.2 of the Act and the order and directions thereto are an unreasonable seizure contrary to section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the "Charter"), that they deny the respondents' right to life, liberty and security of the person contrary to section 7 of the Charter, and that they constitute cruel and unusual treatment or punishment contrary to section 12 of the Charter.

RELEVANT STATUTORY PROVISIONS:

The relevant statutory provisions are sections 225.1 and 225.2¹ of the *Income Tax Act*, as amended by S.C. 1986, c. 24, s. 2; 1988, c. 55, ss. 169 and 170:

¹ Section 225.2 was originally added by S.C. 1985, c. 45, s. 116(1) and it formerly read:

225.2 (1) Notwithstanding section 225.1, where it may reasonably be considered that collection of an amount assessed in respect of a taxpayer would be jeopardized by a delay in the collection thereof, and the Minister has, by notice served

(Continued on next page)

faire des enregistrements sur le titre de certains biens des intimés. Par le dépôt d'un avis de requête daté du 26 juillet 1989, la requérante a demandé que soit rendue une ordonnance portant qu'à moins qu'il n'y ait des motifs suffisants pour ne pas le faire, les biens-fonds de l'intimé Duncan décrits dans l'instrument n° CT 847090 enregistré au Bureau d'enregistrement immobilier de Toronto soient grevés du jugement prononcé en faveur de la requérante au montant de 517 456,47 \$ augmenté des intérêts comme on le précisait dans le certificat daté du 18 juillet 1989. Une [TRADUCTION] «ordonnance constitutive de charge» a été rendue le 27 juillet 1989.

Par le dépôt d'un avis de requête daté du 18 août 1989, les intimés demandent, conformément au paragraphe 225.2(8) de la Loi, la révision de l'ordonnance du 18 juillet 1989 et, par le dépôt d'un avis de requête supplémentaire daté du 24 août 1989, l'intimé Duncan demande notamment l'annulation de l'ordonnance constitutive de charge aux fins d'exposer les raisons du 27 juillet 1989 au motif que la divulgation qui a été faite était insuffisante. Ils prétendent en outre que l'article 225.2 de la Loi de même que l'ordonnance et les instructions s'y rapportant constituent une saisie abusive qui contrevient à l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la «Charte»), qu'ils privent les intimés du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne garanti par l'article 7 de la Charte, et qu'ils constituent un traitement ou une peine cruel et inusité qui contrevient à l'article 12 de la Charte.

DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES:

Les dispositions législatives pertinentes sont les articles 225.1 et 225.2¹ de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, modifiés par S.C. 1986, chap. 24, art. 2; L.C. 1988, chap. 55, art. 169 et 170:

¹ L'article 225.2 a été ajouté par S.C. 1985, chap. 45, paragraphe 116(1), et il était rédigé ainsi:

225.2 (1) Par dérogation à l'article 225.1, lorsqu'il est raisonnable de croire que l'octroi à un contribuable d'un délai pour payer le montant d'une cotisation établie à son égard compromettrait le recouvrement de ce montant, et que le

(Suite à la page suivante)

225.1 (1) Where a taxpayer is liable for the payment of an amount assessed under this Act (in this subsection referred to as the "unpaid amount"), other than an amount payable under Part VIII or subsection 227(9), the Minister shall not, for the purpose of collecting the unpaid amount,

- (a) commence legal proceedings in a court,
- (b) certify the unpaid amount under section 223,
- (c) require a person to make a payment under subsection 224(1),
- (d) require an institution or a person to make a payment under subsection 224(1.1),
- (e) require the retention of the unpaid amount by way of deduction or set-off under section 224.1,
- (f) require a person to turn over moneys under subsection 224.3(1), or
- (g) give a notice, issue a certificate or make a direction under subsection 225(1)

before the day that is 90 days after the day of mailing of the notice of assessment.

225.2 (1) In this section, "judge" means a judge or a local judge of a superior court of a province or a judge of the Federal Court of Canada.

(Continued from previous page)

personally or by registered letter addressed to the taxpayer at his latest known address, so advised the taxpayer and directed the taxpayer to pay forthwith the amount assessed or any part thereof, the Minister may forthwith take any of the actions described in paragraphs 225.1(1)(a) to (g) with respect to that amount or that part thereof.

(2) Where the Minister has under subsection (1) directed a taxpayer to pay an amount forthwith, the taxpayer may

- (a) upon 3 days notice of motion to the Deputy Attorney General of Canada, apply to a judge of a superior court having jurisdiction in the province in which the taxpayer resides or to a judge of the Federal Court of Canada for an order fixing a day (not earlier than 14 days nor later than 28 days after the date of the order) and place for the determination of the question whether the direction was justified in the circumstances;
- (b) serve a copy of the order on the Deputy Attorney General of Canada within 6 days after the day on which it was made; and
- (c) if he has proceeded as authorized by paragraph (b), apply at the appointed time and place for an order determining the question.

(5) On the hearing of an application under paragraph (2)(c) the burden of justifying the direction is on the Minister.

225.1 (1) Lorsqu'un contribuable est redevable du montant d'une cotisation établie en vertu de la présente loi (appelé «montant impayé» au présent paragraphe), à l'exception d'un montant payable en vertu de la partie VIII ou du paragraphe 227(9), le ministre, pour recouvrer le montant impayé, ne peut, avant le 90^e jour suivant la date de mise à la poste de l'avis de cotisation,

- a) entamer une poursuite devant un tribunal;
- b) attester le montant impayé, conformément à l'article 223;
- c) exiger qu'une personne fasse un paiement, conformément au paragraphe 224(1);
- d) exiger qu'une institution ou personne visée au paragraphe 224(1.1) fasse un paiement, conformément à ce paragraphe;
- e) exiger la retenue du montant impayé par déduction ou compensation, conformément à l'article 224.1;
- f) exiger qu'une personne remette des deniers, conformément au paragraphe 224.3(1);
- g) donner un avis, délivrer un certificat ou donner un ordre, conformément au paragraphe 225(1).

225.2 (1) Au présent article, un juge s'entend d'un juge ou d'un juge local d'une cour supérieure d'une province ou d'un juge de la Cour fédérale du Canada.

(Suite de la page précédente)

ministre, par avis signifié à personne ou envoyé en recommandé à la dernière adresse connue du contribuable, en avisé celui-ci et lui a ordonné de verser immédiatement tout ou partie de ce montant, le ministre peut prendre immédiatement des mesures visées aux alinéas 225.1(1)a) à g) à l'égard de tout ou partie de ce montant.

(2) Lorsque le ministre a ordonné au contribuable de verser immédiatement un montant conformément au paragraphe (1), le contribuable peut

- a) après avis au sous-procureur général du Canada au moins trois jours avant qu'il soit procédé à cette requête, demander à un juge d'une cour supérieure compétente de la province où le contribuable réside ou à un juge de la Cour fédérale du Canada de rendre une ordonnance fixant la date (tombant au moins 14 jours et au plus 28 jours après la date de l'ordonnance) et le lieu où il statuera sur la question de savoir si l'ordre était justifié en l'espèce.
- b) signifier une copie de l'ordonnance au sous-procureur général du Canada dans les 6 jours suivant la date où elle a été rendue; et
- c) après avoir ainsi signifié une copie de l'ordonnance, demander, à la date et au lieu fixés, une ordonnance où il soit statué sur la question.

(5) À l'audition d'une requête visée à l'alinéa(2)c), il incombe au ministre de justifier l'ordre.

(2) Notwithstanding section 225.1, where, on *ex parte* application by the Minister, a judge is satisfied that there are reasonable grounds to believe that the collection of all or any part of an amount assessed in respect of a taxpayer would be jeopardized by a delay in the collection thereof, he shall, on such terms as he considers reasonable in the circumstances, authorize the Minister to take forthwith any of the actions described in paragraphs 225.1(1)(a) to (g) with respect to the amount.

(4) Statements contained in an affidavit filed in the context of an application under this section may be based on belief with the grounds therefor.

(5) An authorization granted under this section in respect of a taxpayer shall be served by the Minister on the taxpayer within 72 hours after it is granted, except where the judge orders the authorization to be served at some other time specified in the authorization, and, where a notice of assessment has not been sent to the taxpayer at or before the time of the application, the notice of assessment shall be served together with the authorization.

(6) For the purposes of subsection (5), service on a taxpayer shall be effected by

- (a) personal service on the taxpayer; or
- (b) service in accordance with directions, if any, of a judge.

(8) Where a judge of a court has granted an authorization under this section in respect of a taxpayer, the taxpayer may, upon 6 clear days notice to the Deputy Attorney General of Canada, apply to a judge of the court to review the authorization.

(9) An application under subsection (8) shall be made

- (a) within 30 days from the day on which the authorization was served on the taxpayer in accordance with this section; or
- (b) within such further time as a judge may allow, upon being satisfied that the application was made as soon as practicable.

(11) On an application under subsection (8), the judge shall determine the question summarily and may confirm, set aside or vary the authorization and may make such other order as he considers appropriate.

(13) No appeal lies from an order of a judge made pursuant to subsection (11).

(2) Par dérogation à l'article 225.1, sur requête *ex parte* du ministre, le juge saisi autorise le ministre à prendre immédiatement des mesures visées aux alinéas 225.1(1)a) à g) à l'égard du montant d'une cotisation établie relativement à un contribuable, aux conditions qu'il estime indiquées dans les circonstances, s'il est convaincu qu'il existe des motifs raisonnables de croire que l'octroi à ce contribuable d'un délai pour payer le montant compromettrait le recouvrement de tout ou partie de ce montant.

(4) Les déclarations contenues dans un affidavit produit dans le cadre de la requête visée au présent article peuvent être fondées sur une opinion si des motifs à l'appui de celle-ci y sont indiqués.

(5) Le ministre signifie au contribuable intéressé l'autorisation visée au présent article dans les 72 heures suivant le moment où elle est accordée, sauf si le juge ordonne qu'elle soit signifiée dans un autre délai qui y est précisé. L'avis de cotisation est signifié en même temps que l'autorisation s'il n'a pas été envoyé au contribuable au plus tard à la date de la présentation de la requête.

(6) Pour l'application du paragraphe (5), l'autorisation est signifiée au contribuable soit par voie de signification à personne, soit par tout autre mode prescrit par le juge, le cas échéant.

(8) Dans le cas où le juge saisi accorde l'autorisation visée au présent article à l'égard d'un contribuable, celui-ci peut, après avis de six jours francs au sous-procureur général du Canada, demander à un juge de la cour de réviser l'autorisation.

(9) La requête visée au paragraphe (8) doit être présentée:

- a) dans les 30 jours suivant la date où l'autorisation a été signifiée au contribuable en application du présent article;
- b) dans le délai supplémentaire que le juge peut accorder s'il est convaincu que le contribuable a présenté la requête dès que matériellement possible.

(11) Dans le cas d'une requête visée au paragraphe (8), le juge statue sur la question de façon sommaire et peut confirmer, annuler ou modifier l'autorisation et rendre toute autre ordonnance qu'il juge indiquée.

(13) L'ordonnance rendue par un juge en application du paragraphe (11) est sans appel.

ISSUES:

The issues may be summarized as follows:

1. The application and effect of the Charter with respect to the order dated July 18, 1989; and ^a
2. Has the test required by section 225.2 of the *Income Tax Act* been met? Were there reasonable grounds to consider that the collection of the amounts assessed in respect of the respondents would be jeopardized by a delay in the collection thereof and was there full and frank disclosure on the *ex parte* application? ^b

ARGUMENT:

The Charter Issue:

The respondents submit that the *ex parte* order dated July 18, 1989 pursuant to subsection 225.2(2) of the *Income Tax Act* is contrary to sections 7 and 8 of the Charter although they concede that the statutory provision itself is not under attack in this proceeding. They suggest, however, that the deficiencies contained in section 225.2 can be “read down” for our present purposes and that the order should be measured against the statutory provisions as properly interpreted in accordance with the Charter. In the alternative, the respondents submit that the order constitutes an unreasonable seizure in that it does not comply with the stringent requirements for a reasonable search and seizure enunciated by the Supreme Court of Canada in *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145. The order authorizing immediate collection action is an unreasonable seizure because it was made upon virtually no evidence or credibly-based probability that such actions were required to prevent evasion of the payment of the assessed taxes such as to prevail over the respondents’ rights to be “left alone”. ^c

The respondents further submit that in this instance, the deprivation of their property by the Minister affects the respondents’ right to life, liberty and security of the person contrary to section 7 of the ^d

QUESTIONS EN LITIGE:

Les questions en litige peuvent être résumées de la façon suivante:

1. L’application et l’incidence de la Charte à l’égard de l’ordonnance du 18 juillet 1989; et ^e
2. Le critère établi par l’article 225.2 de la *Loi de l’impôt sur le revenu* a-t-il été respecté? Existait-il des motifs raisonnables de croire que le recouvrement des montants des cotisations établies relativement aux intimés serait compromis par l’octroi d’un délai pour payer ces montants, et y a-t-il eu une divulgation franche et complète à l’égard de la requête *ex parte*? ^f

ARGUMENTATION:

La Charte: ^g

Les intimés prétendent que l’ordonnance rendue *ex parte* le 18 juillet 1989 conformément au paragraphe 225.2(2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* contrevient aux articles 7 et 8 de la Charte, mais ils concèdent que la disposition législative proprement dite n’est pas attaquée en l’espèce. Ils soutiennent toutefois que les irrégularités dont l’article 225.2 est entaché peuvent faire l’objet d’une interprétation atténuée pour les fins du présent litige, et que l’ordonnance devrait être évaluée au regard des dispositions législatives correctement interprétées en conformité avec la Charte. Subsidiairement, les intimés soutiennent que l’ordonnance constitue une saisie abusive parce qu’elle ne respecte pas les conditions strictes régissant une fouille, une perquisition et une saisie raisonnables que la Cour suprême du Canada a énoncées dans l’arrêt *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145. L’ordonnance autorisant la prise de mesures de recouvrement immédiates constitue une saisie abusive parce qu’elle a été rendue en dépit du fait que pratiquement rien n’établissait selon toute vraisemblance que ces mesures étaient nécessaires pour empêcher les intimés d’éluder le paiement des impôts fixés, de sorte qu’on a empiété sur le droit qu’ils avaient de «ne pas être importuné(s)». ^h

D’autre part, les intimés soutiennent qu’en l’espèce, la dépossession de leurs biens par le ministre porte atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne garanti par l’article 7 de la Charte. ⁱ

Charter. The “freezing” or “seizure” of their assets while facing serious criminal charges and other legal proceedings that may result in incarceration if unsuccessfully or inadequately defended, is an infringement of their section 7 Charter rights. In addition, the interference, authorized on an *ex parte* application, is not in accordance with the principles of fundamental justice.

The applicant submits, however, that an enactment that provides for a judicial prior authorization of a search does not necessarily offend section 8 of the Charter. Furthermore, the applicant suggests that the only appropriate forum for constitutional challenges or declaratory judgments is that involving a trial and not a motion or summary proceeding. In any event, the applicant suggests that the respondents’ arguments are misdirected in view of the fact that an order under section 225.2 and the directions thereto do not constitute a “seizure” for the purposes of section 8 of the Charter. Furthermore, section 8 does not relate to real property rights and section 7 does not extend to protect property and pure economic rights. Finally, the effect of section 225.2 is not a punishment as that term is used in section 12 of the Charter.

Has the test required by section 225.2 of the *Income Tax Act* been met?

The essential elements of the respondents’ arguments are summarized as follows. The respondents state that mortgages were placed or renewed on their real property in Canada and that assets were encumbered or sold only in an effort to raise funds to cover bail-related and living expenses and for no improper purpose. The respondents explained that in California they were required to satisfy the court that no drug-related funds were used as bail, so mortgage funds were obtained.

The respondents state that although the notices of reassessment were dated June 15, 1989, they were

Le «blocage» ou la «saisie» des biens des intimés alors qu’ils font l’objet de graves accusations de nature criminelle et d’autres procédures judiciaires pouvant entraîner leur incarcération s’ils sont défendus incorrectement ou sans succès constitue une violation du droit qui leur est garanti par l’article 7. En outre, cette ingérence, autorisée sur présentation d’une requête *ex parte*, viole les principes de justice fondamentale.

La requérante soutient toutefois qu’une disposition législative qui prévoit l’autorisation judiciaire préalable d’une fouille ou d’une perquisition ne viole pas nécessairement l’article 8 de la Charte. De plus, elle soutient que la seule instance compétente pour statuer sur la constitutionnalité d’une disposition législative ou pour prononcer un jugement déclaratoire est celle qui entend une action, et non une requête ou une procédure sommaire. Quoi qu’il en soit, la requérante prétend que les arguments des intimés manquent la cible compte tenu du fait que l’ordonnance rendue aux termes de l’article 225.2 et les instructions s’y rapportant ne constituent pas une «saisie» pour l’application de l’article 8 de la Charte. Qui plus est, l’article 8 ne se rapporte pas à des droits réels, et la protection conférée par l’article 7 ne s’étend pas à des biens et à de purs droits économiques. Enfin, l’application de l’article 225.2 n’entraîne pas l’imposition d’une peine au sens où ce terme est employé à l’article 12 de la Charte.

Le critère établi par l’article 225.2 de la Loi de l’impôt sur le revenu a-t-il été respecté?

En résumé, les éléments essentiels de l’argumentation des intimés sont les suivants. Ces derniers affirment qu’ils ont obtenu ou renouvelé des prêts hypothécaires à l’égard des biens immobiliers qu’ils possèdent au Canada et que des biens ont été grevés ou vendus uniquement dans le but d’amasser des fonds pour payer leur cautionnement et leurs frais de subsistance, et non dans un dessein malhonnête. Les intimés ont expliqué qu’en Californie, ils ont dû garantir au tribunal qu’ils ne paieraient pas leur cautionnement avec de l’argent provenant du trafic de drogues, et que c’est la raison pour laquelle ils ont obtenu des fonds hypothécaires.

Les intimés affirment que même si les avis de nouvelle cotisation étaient datés du 15 juin 1989, ils

not mailed until July 17, 1989 and they suggest that at least a genuine attempt to give notice of the reassessments was a condition precedent to the relief granted in the order. Furthermore, they suggest that material facts were not disclosed and that misleading evidence was presented at the *ex parte* hearing. They suggest that Mr. Hale's affidavits intimate that they were selling or encumbering their assets in breach of the conditions of bail. They state that there was no evidence that they had disposed of or attempted to dispose of assets subsequent to the dates of the notices and that there is no evidence that they were attempting to avoid their tax obligations. Rather, the respondents state that assets were dealt with in the ordinary course of utilization and they submit that the applicant has failed to show that the collection of moneys owing for taxes would be "jeopardized by a delay in the collection thereof".

The applicant submits that if the evidence on the balance of probabilities leads to a conclusion that it is more likely than not that the collection would be jeopardized by a delay then the order should be allowed to stand. Relying on the decision of Joyal J. in *Laframboise v. R.*, [1986] 3 F.C. 521 (T.D.), the applicant submits that the nature of the assessment itself raises reasonable apprehension that the order is justified.

ANALYSIS:

The Charter Issue:

After carefully considering the extensive argument put forth by the parties I find that the Charter should not form a part of the judgment in this matter for the following reasons. First, the parties acknowledge that the relevant sections of the *Income Tax Act* are not under attack in this application and they cannot be attacked in a proceeding of this nature. In *Rothmans of Pall Mall Canada Limited v. Minister of National Revenue (No. 2)*, [1976] 2 F.C. 512 (C.A.), at page 515, Le Dain J.A. (as he then was), on behalf of the Court, held that "under the Rules declaratory relief cannot be sought by originating motion but only by an action". More recently, in *Turmel v. Canadian Radio-Television and Telecommunications Commis-*

n'ont pas été expédiés avant le 17 juillet 1989, et ils soutiennent qu'on devait au moins avoir fait un effort véritable pour les aviser des nouvelles cotisations avant d'accorder l'autorisation contenue dans l'ordonnance. Ils soutiennent par ailleurs que des faits importants n'ont pas été divulgués et que des éléments de preuve trompeurs ont été présentés lors de l'audition de la requête *ex parte*. Selon eux, les affidavits de M. Hale donnent à entendre qu'ils ont vendu ou grevé leurs biens en dépit des conditions du cautionnement. Ils affirment qu'il n'y avait aucune preuve établissant qu'ils avaient aliéné ou tenté d'aliéner des biens postérieurement aux dates des avis, et que rien ne prouve qu'ils cherchaient à se dérober à leurs obligations fiscales. Ils affirment plutôt que les biens ont été utilisés comme ils le sont en temps normal et ils prétendent que la requérante n'a pas réussi à prouver que le recouvrement des montants des cotisations serait «compromis par l'octroi d'un délai pour payer ces montants».

La requérante soutient que si, selon la prépondérance des probabilités, la preuve permet de conclure que l'octroi d'un délai compromettrait selon toute vraisemblance le recouvrement, alors l'ordonnance devrait être confirmée. S'appuyant sur la décision rendue par le juge Joyal dans l'arrêt *Laframboise c. R.*, [1986] 3 C.F. 521 (1^{re} inst.), la requérante soutient que la nature de la cotisation même fait raisonnablement craindre que l'ordonnance soit justifiée.

ANALYSE:

La Charte:

Après avoir examiné attentivement les nombreux arguments des parties, j'arrive à la conclusion que la Charte ne devrait pas faire partie du jugement dans le présent litige pour les raisons qui suivent. D'abord, les parties reconnaissent que les articles pertinents de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne sont pas attaqués dans la présente requête et qu'ils ne peuvent l'être dans une procédure de cette nature. Dans l'arrêt *Rothmans of Pall Mall Canada Limited c. Le ministre du Revenu national (N° 2)*, [1976] 2 C.F. 512 (C.A.), à la page 515, le juge Le Dain [alors juge de la Cour d'appel] a statué au nom de la Cour que «(l)es Règles ne permettent pas d'obtenir un jugement déclaratoire par une requête introductive d'instance mais seule-

sion (1985), 16 C.R.R. 9 (F.C.T.D.), Dubé J. explained this requirement, at page 11:

I appreciate that time was and still is of the essence . . . but constitutional matters cannot be solved on such a summary proceeding. The solution is for the applicant to proceed by way of a declaratory action that would allow for pleadings and discovery. The Court, apprised of all the relevant facts and with the benefit of legal arguments, would then be in a position to adjudge whether or not the equitable basis principle as interpreted by the Court is now in violation of s. 15 of the Charter.

Also, I note that in *Berendt v. The Queen*, an unreported decision of the Supreme Court of Ontario, Eberle J. expressed similar concerns:

The notice of motion attacks s. 225.2 of the *Income Tax Act*. I believe that it is misdirected. That section does not provide for anything even resembling a seizure of the money, nor even for the institution of collection procedures. It provides only for a decision of the Minister to override the 90 day delay of collection procedures imposed by s. 225.1. As a result of the decision taken under s. 225.2, it only becomes open to the Minister to take immediate collection actions as authorized elsewhere in the *Act*, if he so desires.

Thus, [the] attack on s. 225.2 is in my view quite misdirected and fails because of its misconception of what that section does. In spite of that conclusion, it is evident that the applicant really seeks to attack the collection powers statutorily given to the Minister by ss. 222, 223 and 224 of the *Act*.

The constitutional validity of other sections of the *Income Tax Act* related to administrative enforcement mechanisms has also been considered by this Court. In *Re McLeod and Minister of National Revenue et al.* (1983), 146 D.L.R. (3d) 561 (F.C.T.D.), Dubé J. determined that sections 222, 223(2) and 158(1) of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63,² were not contrary to section 8 of the Charter. In that case there was no allegation that the collection proceedings

² Essentially, s. 222 provided that all unpaid taxes are debts recoverable in the Federal Court or any other court of competent jurisdiction, s. 223(2) provided that a certificate of such debt registered in the Federal Court has the same force and effect as a judgment and all proceedings may be taken thereon, and s. 158 provided that the taxpayer shall pay his assessed tax

ment par une action». Plus récemment, dans l'arrêt *Turmel c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes* (1985), 16 C.R.R. 9 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Dubé a expliqué cette condition (à la p. 11):

Je comprends qu'il était et qu'il est encore absolument nécessaire de faire vite . . . mais une procédure aussi sommaire ne peut permettre de décider de questions constitutionnelles. La solution, pour le requérant, consiste à intenter une action déclaratoire, ce qui rendrait possible un interrogatoire préalable et des plaidoiries. La Cour, renseignée sur tous les faits pertinents et ayant entendu les arguments, serait alors en mesure de décider si le principe de la répartition équitable, tel que l'interprète la Cour, contrevient ou non à l'article 15 de la Charte.

Par ailleurs, je remarque que dans la décision non publiée *Berendt v. The Queen* rendue par la Cour suprême de l'Ontario, le juge Eberle a tenu des propos semblables:

[TRADUCTION] L'avis de requête attaque l'art. 225.2 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Selon moi, il manque la cible. Cet article ne prévoit rien qui ressemble le moins à la saisie d'une somme d'argent, ni même la mise en train de procédures de recouvrement. Il se borne simplement à permettre au ministre de décider de passer outre au délai de 90 jours établi par l'art. 225.1 à l'égard des procédures de recouvrement. Par suite de la décision prise en application de l'art. 225.2, il devient simplement loisible au ministre de prendre immédiatement des mesures de recouvrement qui sont autorisées ailleurs dans la *Loi*, s'il le désire.

Par conséquent, l'attaque dirigée contre l'art. 225.2 manque, à mon avis, la cible et est vouée à l'échec parce qu'elle repose sur une conception erronée du contenu de cet article. En dépit de cette conclusion, il est évident que le requérant veut en réalité attaquer les pouvoirs de recouvrement que les art. 222, 223 et 224 de la *Loi* accordent au ministre.

La constitutionnalité d'autres articles de la *Loi de l'impôt sur le revenu* relatifs aux mécanismes administratifs d'application a aussi été examinée par la présente Cour. Dans l'arrêt *Re McLeod et le ministre du Revenu national et autres* (1983), 146 D.L.R. (3d) 561 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Dubé a établi que l'article 222 et les paragraphes 223(2) et 158(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, chap. 63², ne contrevenaient pas à l'article 8 de la Charte. Dans

² En gros, l'art. 222 prévoyait que tous les impôts impayés sont des dettes recouvrables devant la Cour fédérale ou devant tout autre tribunal compétent; l'art. 223(2) prévoyait qu'un certificat attestant cette dette qui est enregistré à la Cour fédérale a la même force et le même effet qu'un jugement, et que toutes les procédures peuvent être engagées à la faveur de ce certifi-

were not carried out according to the provisions set out in the Act. However, the applicant in effect sought a declaration that these provisions were contrary to section 8 of the Charter. Dubé J. commented (at page 564):

The applicant offers no jurisprudence to support such a sweeping demand. The crux of his argument, as I understand it, is that the common shares in his company ought not to be seized pending his appeal as "at the present time I am not in a position to provide payment of the assessed amounts". That is surely not evidence of a breach of the applicant's rights to be secure against seizure.

As I pointed out at the hearing, the *Income Tax Act* is a rigorous document. Parliament has ruled that taxes be paid within 30 days from assessment, whether the taxpayer files an appeal or not. The obvious purpose of such an imposition is to prevent a massive wave of taxpayers' appeals launched for the sole purpose of delaying the payment of taxes.

Finally, as acknowledged by counsel for the respondents, the Charter does not in specific terms directly affect property rights and I have grave doubts that what took place here constitutes a "seizure". The result of the application was not a seizure in the true sense of the word. Indeed, the taxpayers' assets were not altered in any way and there was no transfer of title. While the filing of a caution on title may prevent or otherwise restrict the disposition of the property, it is far from certain that it constitutes a seizure. I do not believe that activities pursued by the Minister in accordance with the administrative enforcement mechanisms of a regulatory statute that effectively "freeze" a taxpayer's assets constitute a "seizure" in the sense required to bring these activities within the scrutiny of the standards set by the Supreme Court in *Hunter et al. v. Southam Inc.*

A constitutional attack has clearly not been made with respect to the provisions of the *Income Tax Act* and the respondents' Charter arguments cannot succeed.

(Continued from previous page)

within 30 days from assessment, whether or not an objection or an appeal from the assessment is outstanding.

cette affaire, on ne prétendait pas que les procédures de recouvrement n'avaient pas été prises en application des dispositions de la Loi. Toutefois, la partie requérante voulait en réalité obtenir un jugement déclarant que ces dispositions contrevenaient à l'article 8 de la Charte. Le juge Dubé a fait la remarque suivante (à la page 564):

Le requérant n'a cité aucun arrêt à l'appui d'une demande aussi catégorique. Son principal argument, tel que je le comprends, est que les actions ordinaires de sa société ne devraient pas faire l'objet d'une saisie tant que son appel n'aura pas été entendu parce que [TRADUCTION] «il m'est actuellement impossible de payer les cotisations établies». Cela ne constitue certainement pas une preuve que le droit du requérant d'être protégé contre des saisies abusives a été violé.

Comme je l'ai souligné à l'audience, la *Loi de l'impôt sur le revenu* est un document strict. Le législateur a décidé que les impôts devraient être payés dans les 30 jours de la cotisation, que le contribuable interjette ou non appel. Le but évident d'une telle prescription est d'empêcher que les contribuables se pouvoient massivement en appel dans le seul but de retarder le paiement de leurs impôts.

En dernier lieu, comme les avocats des intimés l'ont admis, la Charte ne régit pas directement les droits réels de façon expresse, et je doute fort que ce qui est survenu en l'espèce constitue une «saisie». La requête ne s'est pas soldée par une saisie au sens véritable du terme. En effet, les biens des contribuables n'ont aucunement été transformés et il n'y a pas eu de transfert de titre. Même si le dépôt d'un avis sur le titre peut empêcher ou autrement restreindre l'aliénation des biens, il est loin d'être certain que cela constitue une saisie. Je ne pense pas que les gestes posés par le ministre en conformité avec les mécanismes d'application administratifs d'une loi de réglementation qui «bloquent» effectivement les biens d'un contribuable constituent une «saisie» au sens où on l'entend pour que ces gestes tombent sous le coup des critères établis par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Hunter et autres c. Southam Inc.*

La constitutionnalité des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'a manifestement pas été attaquée, et les arguments fondés sur la Charte des intimés ne peuvent aboutir.

(Suite de la page précédente)

cat; et l'art. 158 prévoyait que le contribuable doit payer l'impôt fixé dans les 30 jours qui suivent la cotisation, qu'une opposition ou un appel relatif à la cotisation soit ou non en instance.

Has the test required by section 225.2 of the *Income Tax Act* been met?

In reviewing the authorization granted under subsection 225.2(2), it is necessary to consider whether there are reasonable grounds to believe that the collection of all or any part of an amount assessed in respect of a taxpayer would be jeopardized by the delay in the collection thereof. McNair J. in *Danielson v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1987] 1 F.C. 335 (T.D.), at page 337, enunciated the test to be met with respect to the previous subsection 225.2(1):

... the issue is not whether the collection *per se* is in jeopardy but rather whether the actual jeopardy arises from the likely delay in the collection thereof.

This test continues to be appropriate despite the 1985 amendments: *Canada v. Satellite Earth Station Technology Inc.*, [1989] 2 C.T.C. 291 (F.C.T.D.). In *Satellite Earth*, MacKay J. reviewed the factors to be considered by a court on a subsection 225.2(8) review of a jeopardy collection order. After considering the case law dealing with the former version of section 225.2 he concluded (at page 296) that in a subsection 225.2(8) application the Minister has the ultimate burden of justifying the decision despite the fact that section 225.2 as amended no longer includes the former paragraph (5) that specifically stated that “[O]n the hearing of an application under paragraph (2)(c) the burden of justifying the direction is on the Minister.” However, the initial burden is on the taxpayer to show that there are reasonable grounds to doubt that the test has been met [at pages 296-297].

In an application to review a “jeopardy order” originally granted under subsection 225.2(2) the issue will be whether that order will now be set aside or varied. In this, an applicant under subsection 225.2(8) has the initial burden to muster evidence, whether by affidavits, by cross-examination of affiants on behalf of the Crown, or both, that there are reasonable grounds to doubt that the test required by subsection 225.2(2) has been met. Thus the ultimate burden on the Crown established by subsection 225.2(2) continues when an order granted by the Court is reviewed under subsection 225.2(8).

Occasionally there may be concern about whether the order should have been made initially, but I expect that this will not

Le critère établi par l'article 225.2 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* a-t-il été respecté?

Pour réviser l'autorisation accordée aux termes du paragraphe 225.2(2), il est nécessaire d'établir s'il existe des motifs raisonnables de croire que le recouvrement de tout ou partie du montant d'une cotisation établie relativement à un contribuable serait compromis par l'octroi d'un délai pour payer ce montant. Dans l'arrêt *Danielson c. Canada (sous-procureur général)*, [1987] 1 C.F. 335 (1^{re} inst.), à la page 337, le juge McNair a énoncé le critère à respecter relativement à l'ancien paragraphe 225.2(1):

... il ne s'agit pas de déterminer si le recouvrement lui-même est compromis mais plutôt s'il est en fait compromis en raison du délai à la suite duquel il sera vraisemblablement effectué.

Ce critère demeure valable en dépit des modifications de 1985: *Canada c. Satellite Earth Station Technology Inc.*, [1989] 2 C.T.C. 291 (C.F. 1^{re} inst.). Dans cet arrêt, le juge MacKay a examiné les facteurs qu'une cour doit prendre en considération lorsqu'elle révisé une ordonnance de recouvrement de protection en application du paragraphe 225.2(8) de la Loi. Après avoir examiné la jurisprudence portant sur la version antérieure de l'article 225.2, il a conclu (à la page 296) que dans une requête fondée sur le paragraphe 225.2(8), le ministre a le fardeau ultime de justifier la décision malgré le fait que l'article 225.2 modifié ne comprend plus l'ancien paragraphe (5) qui disposait expressément qu'«[à] l'audition d'une requête visée à l'alinéa (2)c), l'incombe au ministre de justifier l'ordre». C'est toutefois le contribuable qui a le fardeau initial de prouver qu'il existe des motifs raisonnables de croire que ce critère n'a pas été respecté [aux pages 296 et 297].

Dans une requête en révision d'une «ordonnance de protection» initialement accordée en vertu du paragraphe 225.2(2), la question en litige est celle de savoir si l'ordonnance doit maintenant être annulée ou modifiée. À cet égard, celui qui présente une requête fondée sur le paragraphe 225.2(8) a la charge initiale de rassembler des preuves, soit sous forme d'affidavits ou de contre-interrogatoire de déposants pour le compte de la Couronne, soit sous ces deux formes, pour établir qu'il existe des motifs raisonnables de douter que le critère exigé par le paragraphe 225.2(2) ait été respecté. Ainsi donc, la charge ultime que le paragraphe 225.2(2) fait reposer sur la Couronne est maintenue lorsque l'ordonnance prononcée par le tribunal est révisée en vertu du paragraphe 225.2(8).

Il arrive qu'on se demande si l'ordonnance aurait dû être prononcée initialement, mais je m'attends à ce que cela ne soit

often be the principal focus, unless there appears to have been a serious procedural flaw in the original application.

The evidence must be considered in relation to the test established by subsection 225.2(2) itself and by relevant cases, that is, whether on a balance of probability the evidence leads to the conclusion that it is more likely than not that collection would be jeopardized by delay.

Mere suspicion that collection will be jeopardized by the delay is not sufficient: *1853-9049 Québec Inc. v. The Queen*, [1987] 1 C.T.C. 137 (F.C.T.D.). In *1853-9049 Québec Inc.*, Rouleau J. [at pages 142-143] provided additional guidance with respect to the test set out in the former section 225.2 which continues to be appropriate today:

I agree with McNair, J. [in *Danielson*] when he says that the Minister can require payment of the assessment forthwith if a taxpayer may not be in a position to pay *simply because of the passage of time* allowed by the Act. The amount of money involved is not significant: what the Minister has to know is whether the taxpayer's assets can be liquidated in the meantime or be seized by other creditors and so not available to him.

In my opinion, this latitude allows the Minister to rely on the exceptional provisions contained in subsection 225.2(1) when- ever, on a balance of probability, the time allowed the taxpayer by subsection 225.1(1) would jeopardize his debt. I emphasize on a balance of probability, not beyond all reasonable doubt.

The Minister may certainly act not only in cases of fraud or situations amounting to fraud, but also in cases where the taxpayer may waste, liquidate or otherwise transfer his property to escape the tax authorities: in short, to meet any situation in which a taxpayer's assets may vanish into thin air because of the passage of time. [Underlining added.]

The issue before me then is whether the rights of the respondents have been offended by the manner in which the Minister availed himself of these rather extraordinary provisions and alternatively, whether the order should be struck because the Minister has failed to observe and respect the high standard of disclosure to the court that is required on *ex parte* applications.

There have been cases in our Court in which the right to seizure, the right to enter premises, the right to affect a number of draconian measures under the

pas souvent le thème central, à moins qu'il semble que la requête initiale ait été entachée d'un vice de forme grave.

La preuve doit être examinée par rapport au critère établi par le paragraphe 225.2(2) lui-même et à la jurisprudence pertinente, c'est-à-dire en se demandant si, selon la prépondérance des probabilités, la preuve permet de conclure que l'octroi d'un délai compromettrait selon toute vraisemblance le recouvrement.

Il n'est pas suffisant de simplement soupçonner que le délai accordé compromettra le recouvrement: *1853-9049 Québec Inc. c. La Reine*, [1986] 2 C.T.C. 486 (C.F. 1^{re} inst.). Dans cet arrêt, le juge Rouleau [à la page 492] a fourni des indications supplémentaires au sujet du critère établi dans l'ancien article 225.2, qui sont encore pertinentes à l'heure actuelle:

Je partage l'avis du juge McNair [dans *Danielson*] lorsque celui-ci dit que le Ministre peut exiger le versement immédiat de la cotisation dans le cas où un contribuable pourrait ne pas être en mesure de la payer du seul fait de l'écoulement du délai que lui accorde la loi. L'importance de la somme en jeu n'a rien à voir, il s'agit plutôt pour le Ministre de savoir si les actifs du contribuable peuvent entre temps être liquidés ou faire l'objet d'une saisie de la part de d'autres créanciers et ainsi lui échapper.

Cette latitude permet à mon avis au ministre d'invoquer les dispositions exceptionnelles prévues au paragraphe 225.2(1) chaque fois que, suivant une prépondérance de preuves, le délai accordé au contribuable par le paragraphe 225.1(1) mettrait en péril sa créance. Je dis bien suivant une prépondérance de preuves et non au-delà de tout doute raisonnable.

Il n'est pas question pour le Ministre d'agir uniquement dans les cas de fraude ou de situations qui s'y apparentent, mais plutôt dans les cas où le contribuable risque de dilapider, liquider ou autrement transférer son patrimoine pour échapper au bras du fisc: bref pour parer à toute situation où les actifs d'un contribuable pourraient, à cause de l'écoulement du délai, fondre comme neige au soleil. [C'est moi qui souligne.]

La question en litige en l'espèce est donc de savoir si la façon dont le ministre s'est prévalu de ces dispositions plutôt exceptionnelles a porté atteinte aux droits des intimés et, subsidiairement, si l'ordonnance devrait être annulée à cause de l'inobservation par le ministre de la norme élevée de divulgation à la cour qui régit les requêtes *ex parte*.

Il y a eu des causes instruites par la présente Cour dans lesquelles le droit de faire une saisie, le droit de pénétrer dans des locaux et le droit de prendre un cer-

Income Tax Act have been found to be invalid. Noteworthy is the Federal Court of Appeal's decision in *Baron v. Canada*, [1991] 1 F.C. 688 that Revenue Canada's use of search warrants obtained under section 231.3 of the *Income Tax Act* violates the right to be secure against unreasonable search and seizure. The Court (at pages 694-695) found that the use of the term "shall" deprived the issuing officer of any residual discretion and for that reason alone the provision ran afoul of sections 7 and 8 of the Charter. Important for our purposes is that unlike section 225.2, the Court found [at page 694] that section 231.3 was concerned with the detection and prosecution of crime and, therefore, "nothing less than the full panoply of Charter protection is appropriate". Furthermore, the constitutional validity of a particular statutory provision was in question in *Baron* and other similar cases.

Nor can I overlook the fact that the provision as it now stands has a greater safeguard than its predecessor. Under the *Income Tax Act* as amended, sections 222 to 228 set out a variety of procedures for the collection of moneys owed to Her Majesty for taxes, interest, penalties or other charges under the Act. In 1985 the Act was amended and section 225.1 was added to postpone these collection processes during the time allowed for a taxpayer to file a notice of objection with respect to the assessment or reassessment of his taxes. However, in exceptional circumstances where "it [could] reasonably be considered that collection of an amount assessed... would be jeopardized by the delay", the Minister under the former section 225.2 could institute collection proceedings. In 1988, the provisions were once again revised and section 225.2 was amended to require prior authorization by a court before "jeopardy collection" procedures could be initiated. Although previously not required, the present provision requires the Minister to appear in court to avail himself of these special collection provisions if he wishes to do so before the period for filing notices of objection has expired.

tain nombre de mesures draconiennes aux termes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ont été déclarés invalides. Ainsi, dans l'arrêt *Baron c. Canada*, [1991] 1 C.F. 688, la Cour d'appel fédérale a déclaré que l'utilisation par Revenu Canada de mandats de perquisition obtenus conformément à l'article 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* viole le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. La Cour (aux pages 694 et 695) a conclu que l'emploi de l'indicatif présent (le mot «shall» dans le texte anglais) privait l'officier de justice autorisé à décerner un mandat de perquisition de tout pouvoir discrétionnaire et que la disposition contrevenait, pour ce seul motif, aux articles 7 et 8 de la Charte. Il est important de mentionner pour les fins du présent appel que la Cour a conclu [à la page 694] que l'article 231.3, à la différence de l'article 225.2, visait la détection du crime et la poursuite des coupables et, par conséquent, que «rien de moins que la pleine protection offerte par la Charte serait convenable». En outre, dans l'arrêt *Baron* et dans d'autres arrêts semblables, la constitutionnalité d'une disposition législative particulière était en litige.

Par ailleurs, je ne peux pas faire abstraction du fait que la disposition telle qu'elle a été modifiée offre une meilleure garantie que la disposition dans sa version antérieure. Dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* modifiée, les articles 222 à 228 prévoient une foule de procédures pour le recouvrement des impôts, intérêts, pénalités et autres montants dus à Sa Majesté aux termes de la Loi. En 1985, la Loi a été modifiée et l'article 225.1 a été ajouté pour suspendre le recouvrement des montants dus pendant le délai accordé à un contribuable pour déposer un avis d'opposition à l'égard du montant de la cotisation ou de la nouvelle cotisation établie. Toutefois, dans des circonstances exceptionnelles où [TRADUCTION] «il était raisonnable de croire que l'octroi d'un délai pour payer le montant d'une cotisation compromettrait le recouvrement de ce montant», le ministre pouvait prendre des mesures de recouvrement aux termes de l'ancien article 225.2. En 1988, ces dispositions ont une fois de plus été révisées, et l'article 225.2 a été modifié pour obliger le ministre à obtenir l'autorisation préalable d'une cour avant de prendre des mesures de [TRADUCTION] «recouvrement de protection». Contrairement aux dispositions antérieures, les dispositions actuelles obligent le ministre à comparaître en cour pour se

To succeed, therefore, the respondents must establish the failure of the Minister to adhere to and respect the standard of disclosure. Clearly, an applicant, on an *ex parte* application, must exercise utmost good faith and ensure full and frank disclosure to be successful. In *D.M.N.R. v. Atchison, V. and W.* (1988), 89 DTC 5088 (B.C.S.C.), Sheppard L.J.S.C. allowed the taxpayer's application to have a jeopardy collection order set aside because the Minister had not made full disclosure with respect to the allegations in its *ex parte* application.

The court must always be careful to ensure that the same standard is applied to all taxpayers irrespective of their relative wealth and irrespective of whether the taxpayer has run afoul of the law. However, as Joyal J. observed in *Laframboise v. R.*, [1986] 3 F.C. 521 (T.D.), the nature of the assessment itself may raise a reasonable apprehension of jeopardy.

In the present case the concern expressed by the Minister was that there has been substantial income and that the income was drug-related. This turns out to have been entirely verified by cross-examination, by reply material and by subsequent events. On the balance of probabilities, delay may jeopardize the collection of the taxpayers' tax debt.

Finally in the light of other factual confirmation, the alleged deficiencies in the evidence presented by the Minister at the *ex parte* motion would not appear to warrant setting the order aside. In *Laframboise*, Joyal J. dealt with the taxpayer's argument that there were serious deficiencies in the affidavit evidence submitted on behalf of the Minister and the argument that evidence, when submitted in affidavit form, must be strictly construed. He commented [at page 528]:

The taxpayer's counsel might have an arguable point were the evidence before me limited exclusively to that particular

prévaloir de ces mesures de recouvrement spéciales s'il désire le faire avant l'expiration du délai accordé pour déposer un avis d'opposition.

Pour avoir gain de cause, les intimés doivent donc prouver que le ministre n'a pas respecté la norme de divulgation. À l'évidence, la partie requérante qui présente une requête *ex parte* doit, pour réussir, faire preuve d'une extrême bonne foi et faire une divulgation franche et complète. Dans l'arrêt *D.M.N.R. v. Atchison, V. and W.* (1988), 89 DTC 5088 (C.S.C.-B.), le juge Sheppard a accueilli la requête du contribuable en vue d'obtenir l'annulation d'une ordonnance de recouvrement de protection parce que le ministre n'avait pas fait une divulgation complète à l'égard des faits allégués dans sa requête *ex parte*.

La cour doit toujours prendre soin de veiller à ce que tous les contribuables soient régis par la même norme, quelle que soit leur fortune respective et que le contribuable ait ou non des démêlés avec la justice. Toutefois, comme le juge Joyal l'a fait remarquer dans l'arrêt *Laframboise c. R.*, [1986] 3 C.F. 521 (1^{re} inst.), la nature de la cotisation même peut raisonnablement faire craindre que le recouvrement ne soit compromis.

Dans la présente espèce, la crainte du ministre avait trait au fait qu'il y avait des revenus considérables et qu'ils étaient reliés à la drogue. Il s'avère que cette crainte a été entièrement confirmée par les contre-interrogatoires, par la contre-preuve et par des événements survenus par la suite. Selon la prépondérance des probabilités, le délai accordé peut compromettre le recouvrement de la dette fiscale des contribuables.

En dernier lieu, vu l'existence d'autres faits confirmatifs, les prétendues irrégularités dont était entachée la preuve présentée par le ministre à l'audition de la requête *ex parte* ne sembleraient pas justifier l'annulation de l'ordonnance. Dans l'arrêt *Laframboise*, le juge Joyal a examiné la prétention du contribuable selon laquelle l'affidavit présenté pour le compte du ministre était entaché d'irrégularités graves et la prétention selon laquelle lorsqu'il s'agit d'un affidavit, la preuve doit être interprétée strictement. Il a fait la remarque suivante [à la page 528]:

L'argument des avocats du contribuable pourrait être défendable si les éléments de preuve dont je dispose se limitaient à

affidavit. As counsel for the Crown reminded me, however, I am entitled to look at all the evidence contained in the other affidavits. These affidavits might also be submitted to theological dissection by anyone who is dialectically inclined but I find on the whole that those essential elements in these affidavits and in the evidence which they contain pass the well-known tests and are sufficiently demonstrated to justify the Minister's actions.

Accordingly, I conclude that the level of disclosure by the Minister was adequate, particularly since nothing was taken from the taxpayers until they had been notified of these registrations on title by the Minister.

CONCLUSION:

The respondents' applications are dismissed for the reasons outlined above. There will be no order as to costs.

ce seul affidavit. Mais, comme les procureurs de la Couronne me l'ont rappelé, j'ai le droit de prendre connaissance de tous les éléments que renferment les autres affidavits. Ceux-ci pourraient aussi faire l'objet d'une savante analyse quant aux motivations profondes du déposant, mais je trouve que, dans l'ensemble, les éléments essentiels que renferment ces affidavits ainsi que la preuve qu'ils apportent satisfont aux critères établis et sont suffisamment étayés pour justifier les mesures prises par le ministre.

Par conséquent, j'arrive à la conclusion que la divulgation faite par le ministre était suffisante, surtout compte tenu du fait que les contribuables n'ont été dépossédés de rien avant d'être avisés des enregistrements faits par le ministre sur le titre de certains biens.

CONCLUSION:

Les requêtes des intimés sont rejetées pour les motifs qui précèdent. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens.

A-246-91

**West Kootenay Power and Light Company,
Limited (Appellant)**

v.

Her Majesty The Queen (Respondent)

*INDEXED AS: WEST KOOTENAY POWER AND LIGHT CO. v.
CANADA (C.A.)*

Court of Appeal, Heald, Hugessen and MacGuigan
J.J.A.—Saskatoon, November 25; Ottawa, December
6, 1991.

Income tax — Income calculation — Utility company previously including only billed accounts in revenue for financial statements and tax returns — Changing in 1979 to accrual approach including electricity delivered but not billed in both books and tax returns — Continuing to use accrual basis for corporate financial statements — Reverting to billed account basis for income tax reporting — Whether requirement to use same accounting method for financial statements and tax returns — No absolute requirement corporate books and tax returns utilize same accounting method — Accrued revenue approach better matching income and expenditure of utility company providing continuing service — Amount receivable where recipient having clear legal right to payment — Unbilled revenue sufficiently ascertainable to be receivable.

This was an appeal from a Trial Division judgment dismissing the taxpayer's appeal against reassessments for the tax years 1983 and 1984.

The appellant is an investor-owned company generating and delivering electricity to customers in southeastern British Columbia. The company is regulated by the British Columbia Utilities Commission. Its residential customers are on a two-month billing cycle, and meters are read bi-monthly. Before 1979, the company did not include in its accounts for the year any amount for electricity delivered but not yet billed. In 1979 it began a practice of including unbilled revenues, on an accrual basis, for both financial statement and tax reporting purposes. In 1983, while continuing to use the accrual method for its financial statements, the appellant reverted to reporting income for tax purposes only when billed. The estimated sale price of electricity delivered but not yet billed at year-end was around \$3.9 million in each of 1983 and 1984. The Minister reassessed the taxpayer in those amounts.

A-246-91

**West Kootenay Power and Light Company,
Limited (appelante)**

a c.

Sa Majesté la Reine (intimée)

*RÉPERTORIÉ: WEST KOOTENAY POWER AND LIGHT CO. c.
CANADA (C.A.)*

Cour d'appel, juges Heald, Hugessen et MacGuigan,
J.C.A.—Saskatoon, 25 novembre; Ottawa, 6 décembre 1991.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Une société de service public n'incluait que les comptes facturés dans le calcul de son revenu, tant pour les fins de ses états financiers que pour celles de ses déclarations de revenus — Elle a adopté la comptabilité d'exercice en 1979, pour les fins comptables et fiscales, en incluant les montants relatifs à l'électricité fournie mais non facturée — Elle a continué à utiliser la comptabilité d'exercice pour ses états financiers, mais elle est revenue à la méthode du montant facturé pour les déclarations de revenus — Est-elle obligée d'utiliser la même méthode comptable pour la préparation de ses états financiers et de ses déclarations de revenus? — Il n'est pas absolument obligatoire d'utiliser la même méthode comptable — La comptabilité d'exercice permet un meilleur rattachement des produits et des charges d'une société de service public fournissant un service continu — Une somme est à recevoir lorsque son bénéficiaire a un droit certain au paiement de la somme — Les produits non facturés sont suffisamment déterminables pour constituer des sommes à recevoir.

Il s'agit de l'appel d'une décision de la Section de première instance rejetant l'appel interjeté par le contribuable à l'égard de nouvelles cotisations établies à l'égard des années d'imposition 1983 et 1984.

L'appelante est une société ouverte qui produit et distribue de l'électricité dans le sud-est de la Colombie-Britannique. Elle est régie par la British Columbia Utilities Commission. La facturation applicable aux usagers domestiques se fait suivant un cycle de deux mois et les compteurs sont relevés bimestriellement. Avant 1979, la société n'inscrivait pas dans ses comptes de l'année les montants afférents à l'électricité fournie mais non facturée. En 1979, elle a commencé à inclure les produits non facturés, en tenant une comptabilité d'exercice pour les fins de ses états financiers et de ses déclarations de revenus. En 1983, tout en conservant la comptabilité d'exercice pour la préparation de ses états financiers, l'appelante est revenue à la déclaration des seuls produits facturés pour les fins fiscales. Le prix de vente estimatif de l'électricité fournie mais non encore facturée à la fin de l'année s'établissait à approximativement 3,9 millions de dollars pour chacune des années 1983 et 1984. Le ministre a établi de nouvelles cotisations sur la base de ces montants.

Held, the appeal should be dismissed.

It would be undesirable to establish an absolute requirement that accounting methods in financial statements and tax returns always be identical. Taxpayers who are in the same situation, except for using different accounting methods for their financial statements, should be treated the same way. This is particularly true where businesses are required by statute to keep their books in a particular way. For tax reporting, the principle is that whichever method presents the truer picture, which more accurately portrays income, and which best matches revenue and expenditure, is the method to be followed. In *Maritime Telegraph and Telephone Company Limited v. The Queen*, the Trial Division found that, while the billed method and the accrual method might both be within generally accepted accounting principles (GAAP), the accrual method gives a truer picture of the income of a utility company providing a continuing service. Here, when the change was made from billed revenue to accrued revenue in 1979, the company's directing mind considered the accrual method to present a truer picture of taxpayer's revenue because it better matched revenue and expenditure.

To be a receivable, an amount must be one to which the recipient clearly has a legal right, although not necessarily an immediate right. Paragraph 12(1)(b) of the Act distinguishes between amounts receivable and amounts due. The taxpayer had a clear legal right to payment for the electricity which had been delivered, and the amounts in question were sufficiently ascertainable to be receivables although not yet billed or due. The exemption clause in paragraph 12(1)(b) applies only to accounting methods accepted for the purpose of computing income, and the "truer picture" principle prevents acceptance of the accounts billed method used by the taxpayer on the returns in this case.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 9(1), 12(1)(b) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 4), 248(1) "property" (as am. by S.C. 1974-75, c. 26, s. 125; 1980-81-82-83, c. 140, s. 128).
Sale of Goods Act, R.S.B.C. 1979, c. 370, ss. 31, 32.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

The Queen v. Maritime Telegraph and Telephone Co. Ltd. (1990), 91 DTC 5038 (F.C.T.D.); *Minister of National Revenue v. John Colford Contracting Co. Ltd.*, [1960] Ex. C.R. 433; (1960), 26 D.L.R. (2d) 15; [1960] C.T.C. 178; 60 DTC 1131.

Arrêt: l'appel devrait être rejeté.

Il n'est pas souhaitable d'ériger la conformité entre les états financiers et les déclarations de revenus en exigence absolue. Les contribuables qui sont dans la même situation, exception faite de la méthode comptable qu'ils appliquent pour la préparation de leurs états financiers, doivent être traités de la même façon. Cela est particulièrement vrai lorsque la loi oblige les entreprises à tenir leur comptabilité d'une manière déterminée. En matière de déclaration de revenus, la règle veut que la méthode à suivre soit celle qui donne l'image la plus fidèle, qui représente le plus exactement les revenus et qui permette le meilleur rattachement des charges et des produits. Dans *Maritime Telegraph and Telephone Company Limited c. La Reine*, la Section de première instance a statué que même si la méthode du montant facturé et la comptabilité d'exercice sont toutes deux conformes aux principes comptables généralement reconnus (PCGR), la comptabilité d'exercice donne une image plus fidèle du revenu d'une société de service public fournissant un service continu. En l'espèce, lorsque l'appelante a laissé la méthode du montant facturé pour la comptabilité d'exercice en 1979, la direction était d'avis que celle-ci présentait un portrait plus fidèle du revenu parce qu'elle permettait un meilleur rattachement des produits et des charges.

Pour qu'un montant constitue une somme à recevoir, il faut que le bénéficiaire ait un droit certain, mais non nécessairement immédiat, au paiement. L'alinéa 12(1)(b) de la Loi fait une distinction entre une somme à recevoir et une somme due. Le contribuable avait un droit certain au paiement de l'électricité qu'il avait fournie, et les montants visés étaient suffisamment déterminables pour constituer des sommes à recevoir, même s'ils n'avaient pas fait l'objet d'une facturation ou s'ils n'étaient pas exigibles. L'exonération prévue à l'alinéa 12(1)(b) ne s'applique qu'aux méthodes comptables acceptées pour les fins du calcul du revenu et, compte tenu du principe de «l'image plus fidèle», il n'est pas possible d'accepter la méthode du montant facturé employée par le contribuable.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 9(1), 12(1)(b) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 140, art. 4), 248(1) «biens» (mod. par S.C. 1974-75, chap. 26, art. 125; 1980-81-82-83, chap. 140, art. 128).
Sale of Goods Act, R.S.B.C. 1979, chap. 370, art. 31, 32.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

La Reine c. Maritime Telegraph and Telephone Co. Ltd. (1990), 91 DTC 5038 (C.F. 1^{re} inst); *Minister of National Revenue v. John Colford Contracting Co. Ltd.*, [1960] R.C.É. 433; (1960), 26 D.L.R. (2d) 15; [1960] C.T.C. 178; 60 DTC 1131.

DISTINGUISHED:

Willingale (Inspector of Taxes) v International Commercial Bank Ltd, [1978] 1 All ER 754 (H.L.); *Neonex International Ltd v The Queen*, [1978] CTC 485; (1978), 78 DTC 6339; 22 N.R. 284 (F.C.A.); *Cyprus Anvil Mining Corp. v. Canada*, [1990] 1 C.T.C. 153; (1989), 90 DTC 6063; 104 N.R. 299 (F.C.A.).

CONSIDERED:

Consolidated Textiles Ltd. v. Minister of National Revenue, [1947] Ex.C.R. 77; [1947] 2 D.L.R. 172; [1947] C.T.C. 63; *Minister of National Revenue v. Benaby Realities Limited*, [1968] S.C.R. 12; (1967), 64 D.L.R. (2d) 665; [1967] C.T.C. 418; 67 DTC 5275; *Maple Leaf Mills Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 558; (1976), 76 DTC 6182; *Commissioners of Inland Revenue v. Gardner, Mountain & D'Ambrumenil, Ltd.* (1947), 29 T.C. 69 (H.L.).

REFERRED TO:

Guay (J. L.) Ltée v. Minister of National Revenue, [1971] F.C. 237; [1971] C.T.C. 686; (1971), 71 DTC 5423 (T.D.); affd [1972] F.C. 1441 (C.A.); *Newfoundland Light and Power Co. Ltd. v. The Queen*, [1986] 2 C.T.C. 235; (1986), 86 DTC 6373 (F.C.T.D.); *Quebec Hydro-Electric Commission v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise*, [1970] S.C.R. 30; [1969] C.T.C. 574; (1969), 69 DTC 5372; *R. v. Derbecker*, [1985] 1 F.C. 160; [1984] CTC 606; (1984), 84 DTC 6549 (C.A.).

AUTHORS CITED

Arnold, Brian J. "Conformity Between Financial Statements and Tax Accounting" (1981), 29 *Can. Tax J.* 476.

COUNSEL:

I. H. Pitfield for appellant.
J. Shipley and Al Meghji for respondent.

SOLICITORS:

Thorsteinssons, Vancouver, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MACGUIGAN J.A.: The issue in this case is one of tax timing: whether estimates of unbilled revenue at December 31, the end of the taxpayer appellant's taxation year, must be included in its income from business in that year.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Willingale (Inspector of Taxes) v International Commercial Bank Ltd, [1978] 1 All ER 754 (H.L.); *Neonex International Ltd c La Reine*, [1978] CTC 485; (1978), 78 DTC 6339; 22 N.R. 284 (C.A.F.); *Cyprus Anvil Mining Corp. c. Canada*, [1990] 1 C.T.C. 153; (1989), 90 DTC 6063; 104 N.R. 299 (C.A.F.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Consolidated Textiles Ltd. v. Minister of National Revenue, [1947] R.C.É. 77; [1947] 2 D.L.R. 172; [1947] C.T.C. 63; *Minister of National Revenue v. Benaby Realities Limited*, [1968] R.C.S. 12; (1967), 64 D.L.R. (2d) 665; [1967] C.T.C. 418; 67 DTC 5275; *Maple Leaf Mills Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 558; (1976), 76 DTC 6182; *Commissioners of Inland Revenue v. Gardner, Mountain & D'Ambrumenil, Ltd.* (1947), 29 T.C. 69 (H.L.).

DÉCISIONS CITÉES:

Guay (J. L.) Ltée c. Le ministre du Revenu national, [1971] C.F. 237; [1971] C.T.C. 686; (1971), 71 DTC 5423 (1^{re} inst.); confirmée par [1972] C.F. 1441 (C.A.); *Newfoundland Light and Power Co. Ltd. c. La Reine*, [1986] 2 C.T.C. 235; (1986), 86 DTC 6323 (C.F. 1^{re} inst.); *Commission hydroélectrique de Québec c. Sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l'accise*, [1970] R.C.S. 30; [1969] C.T.C. 574; (1969), 69 DTC 5372; *R. c. Derbecker*, [1985] 1 C.F. 160; [1984] CTC 606; (1984), 84 DTC 6549 (C.A.).

DOCTRINE

Arnold, Brian J. «Conformity Between Financial Statements and Tax Accounting» (1981), 29 *Can. Tax J.* 476.

AVOCATS:

I. H. Pitfield pour l'appelante.
J. Shipley et Al Meghji pour l'intimée.

PROCUREURS:

Thorsteinssons, Vancouver, pour l'appelante.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimée.

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

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: Il s'agit, en l'espèce de déterminer le moment de l'assujettissement à l'impôt. Faut-il inclure dans le calcul du revenu tiré d'une entreprise dans une année d'imposition les produits d'exploitation estimatifs non facturés au 31 décembre, soit la clôture de l'année d'imposition du contribuable?

I

The appellant is an investor-owned corporation engaged in the business of generating and distributing hydroelectric power in southeastern British Columbia and subject to regulation, including as to its rates, by the British Columbia Utilities Commission ("the BCUC"). Its residential customers were on a two-month billing cycle, and meter readings were made on a bi-monthly basis.

At the relevant fiscal year-ends, 1983 and 1984, the appellant had delivered some electricity for which, as of those year ends, the customers had not yet been billed. In fact, the BCUC-approved tariff did not permit the appellant to issue bills for electricity supplied to December 31 until the completion of the billing cycle ending after that date.

Until 1979, the accounting practice followed by the appellant did not take account of unbilled revenue, but in that year, on the advice of accountants, the appellant changed its practice and recorded income based on estimates of the revenue anticipated to be received, both for financial statements of its operation and for tax purposes. This accrual basis was continued through 1982.

In 1983, while maintaining the accrual basis for calculating income for its annual statements, the appellant changed from an accrual to a "billed" basis for its income tax return, eliminating from its income the estimate of revenue unbilled at year-end, and reported revenues only as billed.

The estimated sale price of the delivered but as yet unbilled electricity at year-end was \$3,919,176 as of the end of 1983, and \$3,874,834 as of the end of 1984 ("the unbilled revenue"). This unbilled revenue was added to the appellant's income by the Minister of National Revenue for the 1983 and 1984 taxation years by reassessments dated May 21, 1987.

I

L'appelante est une société ouverte qui produit et distribue de l'énergie hydro-électrique dans le sud-est de la Colombie-Britannique. Son activité, y compris les tarifs qu'elle pratique, est régie par la British Columbia Utilities Commission («la BCUC»). Pendant la période visée, la facturation des services fournis aux usagers domestiques suivait un cycle de deux mois et les compteurs étaient relevés bimestriellement.

À la fin des exercices financiers en cause, savoir les années 1983 et 1984, l'appelante avait livré de l'électricité qu'elle n'avait pas encore facturée à ses clients. En fait, le tarif approuvé par la BCUC ne permettait pas à l'appelante de facturer l'électricité fournie au 31 décembre avant la fin du cycle de facturation se terminant après cette date.

La méthode comptable utilisée par l'appelante jusqu'en 1979 ne tenait pas compte des produits d'exploitation non facturés. Mais suivant les conseils de ses comptables, l'appelante avait changé de méthode cette année-là et s'était mise à calculer son revenu, tant pour les fins de ses états financiers que pour celles de ses déclarations de revenus, en se fondant sur des estimations des produits d'exploitation qu'elle prévoyait recevoir. Elle a appliqué cette comptabilité d'exercice jusqu'en 1982.

En 1983, l'appelante a substitué la méthode des produits «facturés» à la comptabilité d'exercice pour les fins de sa déclaration de revenus tout en conservant cette dernière méthode comptable pour la préparation de ses états financiers annuels. Elle a éliminé de son revenu les produits d'exploitation estimatifs non facturés à la fin de l'exercice et n'a déclaré que les produits facturés.

Le prix de vente estimatif de l'électricité fournie mais non encore facturée s'établissait à 3 919 176 \$ à la fin de l'exercice financier 1983 et à 3 874 834 \$ à la fin de l'exercice financier 1984 («les produits d'exploitation non facturés»). Le ministre du Revenu national a établi de nouvelles cotisations le 21 mai 1987 et y a ajouté ces montants au revenu de l'appelante pour les années d'imposition 1983 et 1984.

The impact of generally accepted accounting principles ("GAAP") on this fact situation was partially covered by the partial agreed statement of facts, as follows (Appeal Book IV, at pages 495-496):

3. Under generally accepted accounting principles as applied to the particular facts of this case, it would be acceptable to treat the unbilled revenues in either of the following ways:

- (a) either the Plaintiff could include the unbilled revenues as of year-end in its computation of income for financial statement purposes (as the Plaintiff in fact did in its Financial Statements for the years in issue); or
- (b) the Plaintiff could exclude the unbilled revenue as of year-end from its computation of income for financial statement purposes. If the Plaintiff chose this second option, the unbilled revenues would be included in the computation of its income for financial statement purposes in the following year when the amounts were billed and recorded as accounts receivable.

4. Under generally accepted accounting principles accounting policies followed by an enterprise should be consistent within each accounting period and from one period to the next. Changes in accounting policy should be made in a manner consistent with section 1506 of the Canadian Institute of Chartered Accountants Handbook, a copy of which is annexed hereto.

5. Nothing in this agreement precludes either party from leading evidence as to whether, for generally accepted accounting principles, the unbilled revenues constituted earned income in the year in which the electricity was delivered.

The relevant part of section 1506 of the Canadian Institute of Chartered Accountants Handbook, section 1506.02, is as follows:

CHANGE IN AN ACCOUNTING POLICY

Accounting policies encompass the specific principles and the methods used in their application that are selected by an enterprise in preparing financial statements. There is a general presumption that the accounting policies followed by an enterprise are consistent within each accounting period and from one period to the next. A change in an accounting policy may be made, however, to conform to new Handbook Recommendations, Accounting Guidelines published by the Accounting Standards Steering Committee, Abstracts of Issues Discussed by the CICA Emerging Issues Committee or legislative requirements or if it is considered that the change would result

L'exposé conjoint des faits partiel a touché en partie à la question des incidences des principes comptables généralement reconnus («les PCGR») sur la situation factuelle (dossier d'appel, vol. IV, aux pages 495 et 496):

[TRANSDUCTION] 3. Selon les principes comptables généralement reconnus, appliqués aux faits de l'espèce, il serait acceptable de comptabiliser les produits d'exploitation non facturés de l'une des manières suivantes:

- a) la demanderesse pourrait inclure les produits d'exploitation non facturés à la clôture de l'exercice dans le calcul de son bénéfice pour l'établissement des états financiers (comme elle l'a fait dans ses états financiers relatifs aux exercices en cause);
- b) la demanderesse pourrait exclure les produits d'exploitation non facturés à la clôture de l'exercice dans le calcul de son bénéfice pour l'établissement des états financiers. Si elle optait pour cette solution, les produits d'exploitation non facturés seraient inclus dans le calcul de son bénéfice pour l'établissement des états financiers à l'égard de l'exercice suivant, au moment où les sommes seraient facturées et inscrites à titre de créances.

4. Selon les principes comptables généralement reconnus, les conventions comptables suivies par l'entreprise doivent être les mêmes pendant tout l'exercice et ne pas changer d'un exercice à l'autre. Les modifications doivent être apportées d'une manière conforme à l'article 1506 du Manuel de l'Institut canadien des comptables agréés, dont copie est annexée aux présentes.

5. Cet accord n'a pas pour effet d'empêcher les parties de produire une preuve quant à la question de savoir si, selon les principes comptables généralement reconnus, les produits d'exploitation non facturés constituaient un revenu gagné à l'égard de l'année durant laquelle l'électricité a été livrée.

Le passage pertinent de l'article 1506 du Manuel de l'Institut canadien des comptables agréés, l'article 1506.02 est ainsi rédigé:

MODIFICATIONS DE CONVENTIONS COMPTABLES

Les conventions comptables comprennent les principes particuliers et les méthodes d'application particulières de ces principes choisis par l'entreprise pour la préparation de ses états financiers. On s'attend à ce que les conventions comptables suivies par l'entreprise soient les mêmes pendant tout l'exercice et ne changent pas d'un exercice à l'autre. Toutefois, on peut être amené à faire certaines modifications pour se conformer à de nouvelles recommandations du Manuel, aux Notes d'orientation en comptabilité publiées par le Comité de direction du Comité des normes comptables, aux Abrégés des délibérations du Comité sur les problèmes nouveaux de l'I.C.C.A. ou à de nouvelles exigences de la loi ou si l'on estime que ces modifications aboutiront à une meilleure présentation des évé-

in a more appropriate presentation of events or transactions in the financial statements of the enterprise.

The relevant provisions of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63 as amended by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, subsection 4(1) ("the Act"), are as follows:

9. (1) Subject to this Part, a taxpayer's income for a taxation year from a business or property is his profit therefrom for the year.

12. (1) There shall be included in computing the income of a taxpayer for a taxation year as income from a business or property such of the following amounts as are applicable:

(b) any amount receivable by the taxpayer in respect of property sold or services rendered in the course of a business in the year, notwithstanding that the amount or any part thereof is not due until a subsequent year, unless the method adopted by the taxpayer for computing income from the business and accepted for the purpose of this Part does not require him to include any amount receivable in computing his income for a taxation year unless it has been received in the year, and for the purposes of this paragraph, an amount shall be deemed to have become receivable in respect of services rendered in the course of a business on the day that is the earlier of

- (i) the day upon which the account in respect of the services was rendered, and
- (ii) the day upon which the account in respect of those services would have been rendered had there been no undue delay in rendering the account in respect of the services;

(2) Paragraphs (1)(a) and (b) are enacted for greater certainty and shall not be construed as implying that any amount not referred to therein is not to be included in computing income from a business for a taxation year whether it is received or receivable in the year or not.

The rate schedule approved by the BCUC for residential users at the beginning of 1983 was as follows (Appeal Book I, at page 126):

For a two month period

First	40 K.W.H.	\$10.00
Next	360 K.W.H.	4.270¢ per K.W.H.
All over	400 K.W.H.	2.398¢ per K.W.H.

nements et des opérations dans les états financiers de l'entreprise.

Les dispositions pertinentes de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, chap. 63, modifiée par S.C. 1980-81-82-83, chap. 140, paragraphe 4(1) («la Loi»), sont les suivantes:

9. (1) Sous réserve des dispositions de la présente Partie, le revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition est le bénéfice qu'il en tire pour cette année.

12. (1) Sont à inclure dans le calcul du revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien, au cours d'une année d'imposition, les sommes appropriées suivantes:

b) toute somme à recevoir par le contribuable au titre de la vente de biens ou de la fourniture de services au cours de l'année, dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise, bien que la somme ou une partie de la somme puisse n'être due que dans une année postérieure, sauf dans le cas où la méthode adoptée par le contribuable pour le calcul du revenu tiré de son entreprise et acceptée aux fins de la présente Partie, ne l'oblige pas à inclure dans le calcul de son revenu pour une année d'imposition toute somme à recevoir qui n'a pas été effectivement reçue dans l'année et, aux fins du présent alinéa, une somme est réputée à recevoir pour services rendus dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise à compter de celui des jours suivants à survenir le premier:

- (i) le jour où a été remis le compte à l'égard des services qui ont été rendus, et
- (ii) le jour où aurait été remis le compte pour ces services si la remise de ce compte n'avait pas subi un retard indu;

(2) Les dispositions des alinéas (1)a) et b) ont été édictées pour plus de précision et ne doivent pas s'interpréter comme signifiant que toute somme qui n'y est pas visée ne doit pas être incluse dans le calcul du revenu tiré d'une entreprise pour une année d'imposition, qu'elle soit reçue ou à recevoir dans l'année ou non.

Au début de l'exercice 1983, le tarif approuvé par la BCUC pour application aux usagers domestiques était le suivant (dossier d'appel, vol. I, à la page 126):

[TRADUCTION] Pour une période de deux mois

Première tranche	40 kWh	10,00 \$
Deuxième tranche	360 kWh	4,270 ¢ par kWh
Tranches supérieures	400 kWh	2,398 ¢ par kWh

The tariff amounts were increased twice during the relevant tax years (Appeal Book I, at pages 127-128) but the general scheme of different rates based on the volume of energy consumed remained throughout. Indeed, the same points of consumption volume (40 K.W.H., 360 K.W.H. and 400 K.W.H.) were retained on each occasion as the thresholds for the rated differentials.

The appellant used two methods in estimating for its financial statements the amount of unbilled revenue. The first was the "prorate method", in which by means of a computer program each customer's account was computed on the basis of consumption to date, previous rates of consumption and allowances for changing weather conditions or other factors. The second method, used primarily for checking purposes, was the "gross load method", in which an amount was determined based on production output to December 31, reduced by estimated line losses for energy lost in transmission.

MacKay J. at trial [[1991] 1 C.T.C. 327, at pages 331-332] found as follows on the facts:

It was Mr. Ash's view that as a practical matter the company did not have resources that would be required if it were to attempt to read all meters on December 31 of any year. It retained approximately 20 meter readers and utilized some 20 billing dates within each month so that to read all meters on any one day would require more than 400 meter readers.

While it would be possible in a theoretical sense to determine actual amounts owed to that date by "unbilled" customers, I accept that it was not possible in any reasonable, practical sense to do so. Even if it were possible it would be contrary to the principles approved by the provincial commission for billing and recovery of revenues in one or two-month cycles utilizing a differential pricing structure relating to the volume of consumption. Moreover, it would result in distributing a higher portion of customers' accounts and thus of the company's revenue to the company's year end than would be warranted on an earned basis averaged over the billing cycle as a whole. Thus, I accept that revenue attributable to unbilled accounts at year end could only be estimated on a reasonable

Il a été augmenté deux fois pendant les années d'imposition visées (dossier d'appel, vol. I, aux pages 127 et 128), mais le régime général de tarification différentielle fondée sur le volume d'énergie consommée n'a pas changé. De fait, les volumes jalons de consommation (40, 360 et 400 kWh) indiquant les changements de barèmes ont été chaque fois conservés.

L'appelante a employé deux méthodes d'estimation des produits d'exploitation non facturés pour les fins de ses états financiers. La première, la méthode de la «consommation proportionnelle» permet de dresser le compte de chaque client au moyen d'un programme informatique prenant en considération la consommation à une date donnée et le taux de consommation passée et tenant compte des variations des conditions météorologiques ou d'autres facteurs. La seconde méthode, utilisée principalement à des fins de vérification, est celle de la «charge brute» par laquelle on arrive à un montant à partir du chiffre de la production au 31 décembre duquel on soustrait les pertes estimatives par ligne imputables à l'énergie perdue au cours de la transmission.

Le juge MacKay, à la première instance [[1991] 1 C.T.C. 327, aux pages 331 et 332] est parvenu aux conclusions suivantes quant aux faits:

De l'avis de M. Ash, la société ne disposait pas en pratique des ressources nécessaires pour tenter de relever tous les compteurs le 31 décembre de chaque année. Elle employait environ vingt releveurs et utilisait chaque mois environ vingt dates de facturation de sorte qu'il aurait fallu plus de quatre cents releveurs pour relever tous les compteurs un jour donné.

Certes, il serait possible théoriquement de déterminer les sommes effectivement dues à cette date par les clients à l'égard desquels la facture n'a pas été dressée, mais je conviens qu'il n'était pas possible de le faire en pratique, de façon raisonnable. Même si cela était possible, ce serait contraire aux principes approuvés par la commission provinciale en ce qui concerne la facturation et le recouvrement des produits d'exploitation selon un cycle d'un ou deux mois et un tarif qui tient compte du volume de la consommation. Au surplus, cela aurait pour effet de répartir sur la clôture de l'exercice une partie plus importante des comptes des clients et, par conséquent, des produits d'exploitation que ne le justifient les produits gagnés moyens répartis sur l'ensemble du cycle de facturation. J'accepte donc que les produits d'exploitation attribuables aux comptes non facturés à la fin de l'exercice ne peuvent être

basis without pretence that the estimate was accurate for any customer or for all customers.

This finding as to unbilled revenue does not, of course, determine the issue.

The Trial Judge went on to state the issue as he saw it (at page 332):

In essence the issue presented by argument of the parties is whether a taxpayer who uses the accrual method of accounting for revenues, in accordance with GAAP, for purposes of its financial statements and general accounting, can utilize another method of accounting also consistent with GAAP, for purposes of its reporting for income tax purposes. Counsel for the Crown acknowledged that if in 1983 the company had reverted to its practice prior to 1979, accounting for revenues on the billed account basis for purposes of both its financial statements and its reporting for income tax purposes, the issue presented by the Minister's reassessments would not have been raised.

Since he analyzed the issue in terms of consistency between the financial statement and the tax return, the Trial Judge devoted a great deal of attention to the evidence of a chartered accountant, Dennis Culver, given on behalf of the respondent. Culver relied in particular on the CICA Handbook, section 1506.02, cited above. The Trial Judge summarizes Culver's evidence as follows (at page 333):

In the opinion of Mr. Culver the change in method of calculating revenue for income tax purposes only, while retaining the accrual method for financial statement purposes, was akin to trying to ride "two GAAP horses at one time". Having adopted the accrual method for accounting for financial statement purposes, Mr. Culver's opinion was that it would be inconsistent with GAAP to utilize another method, and that the method adopted for basic financial purposes is then applicable for all other financial reporting purposes for the same period.

In arriving at the applicable law, the Trial Judge followed the decision of Reed J. in *The Queen v. Maritime Telegraph and Telephone Co. Ltd.* (1990), 91 DTC 5038 (F.C.T.D.), where the corporate taxpayer, whose business was the provision of telephone and other telecommunication services, adopted for tax purposes the "billed" method of reporting income, although for general accounting purposes and for reporting to its regulatory agency it continued

estimés que d'une façon raisonnable sans que l'on fasse comme si l'estimation était exacte à l'égard d'un client ou de tous les clients.

Bien sûr, cette conclusion relative aux produits d'exploitation non facturés ne règle pas la question en litige.

Le juge de première instance a ensuite décrit comment il percevait cette question (à la page 332):

Essentiellement, la question soulevée dans les arguments des parties consiste à décider si un contribuable qui utilise la méthode de la comptabilité d'exercice pour calculer ses produits d'exploitation, conformément aux P.C.G.R., aux fins de ses états financiers et de sa comptabilité générale, peut utiliser une autre méthode comptable, également conforme aux P.C.G.R., aux fins de ses déclarations de revenus. L'avocat de Sa Majesté a reconnu que, si en 1983, la société était revenue à la pratique qu'elle suivait avant 1979, comptabilisant les produits d'exploitation selon les factures remises tant aux fins de ses états financiers qu'aux fins de l'impôt, la question posée par les nouvelles cotisations établies par le ministre n'aurait pas été soulevée.

Le juge de première instance, comme il analysait la question en litige sous l'angle de la continuité entre les états financiers et la déclaration de revenus, a accordé beaucoup d'attention à la déposition de M. Dennis Culver, un comptable agréé témoignant pour l'intimée, qui a cité, en particulier, l'article 1506.02 mentionné plus haut. Le juge de première instance résume ainsi le témoignage de M. Culver (à la page 333):

De l'avis de M. Culver, le changement de méthode de calcul des produits d'exploitation aux fins de l'impôt seulement, accompagné du maintien de la comptabilité d'exercice aux fins des états financiers, ressemblait à une tentative pour appliquer [TRADUCTION] «en même temps deux méthodes qui soient conformes aux P.C.G.R.». Quand on a adopté la comptabilité d'exercice aux fins des états financiers, d'après M. Culver, utiliser une autre méthode serait incompatible avec les P.C.G.R. et la méthode suivie pour l'information financière de base est aussi applicable à tous les autres comptes établis pour la même période.

Pour déterminer quel était le droit applicable, le juge de première instance a suivi la décision rendue par la juge Reed dans l'affaire *La Reine c. Maritime Telegraph and Telephone Co. Ltd.* (1990), 91 DTC 5038 (C.F. 1^{re} inst.). La société en cause dans cette affaire fournissait des services téléphoniques et d'autres services de télécommunication; elle avait adopté pour présenter ses déclarations de revenu la méthode du «montant facturé», alors que pour sa

to use the accrual method. Reed J. held that unbilled but earned revenues are not receivables under paragraph 12(1)(b) of the Act, but are caught rather under subsection 9(1), since this method gives a truer picture of income for the year than the alternative method.

MacKay J. therefore concluded (at pages 335-336):

If the exclusion of unbilled revenue in accounting for profits for tax purposes is not required by the Act, is there a basis for support of the plaintiff's position that its exclusion, following a method consistent with one phase of generally accepted accounting principles, is permissible under the Act? The expert evidence of Mr. Culver, questioned but maintained in cross-examination, was clearly to the effect that adopting one method for financial statement accounts and another for reporting income for tax purposes is not supportable under GAAP, for that does not comply with the principle of consistency, particularly section 1506.02, applicable within each accounting period and from one period to the next. Further, the principles underlying the decisions of the Court of Appeal in *Neonex International Ltd. v. The Queen*, [1978] C.T.C. 485; 78 D.T.C. 6339 (F.C.A.), and *Cyprus Anvil Mining Corporation v. The Queen*, [1990] 1 C.T.C. 153; 90 D.T.C. 6063 (F.C.A.); rvg [1985] 2 C.T.C. 74; 85 D.T.C. 5306 (F.C.T.D.), in my view, support the conclusion that the Act does not permit reporting revenues for tax purposes on a different basis than that adopted for purposes of accurately portraying the financial picture of a company for shareholders and creditors, aside from provisions of the Act which specifically require different treatment. In *Neonex*, in relation to claimed deductibility of expenses incurred in making unfinished signs under contract for payment upon completion, the Court relied on the principle of matching expenses and revenues to preclude a different treatment for tax purposes than that followed by the company in financial statements prepared for shareholders and general public purposes. In *Cyprus Anvil*, relying on the principle requiring consistency in accounting, the Court precluded calculation of profit on a basis different for tax purposes from that followed for the corporation's own financial accounting in a tax-exempt period which affected the tax situation of the company in the succeeding period. While the facts of both cases are easily distinguished from the case before this Court, the general principle supports the conclusion set out that the Act does not permit reporting for tax purposes as the plaintiff here seeks to do. That conclusion is also supported by the interpretation of subsection 12(2) together with subsection 9(1) in the decision of Madame Justice Reed in *Maritime Telegraph*, *supra*.

comptabilité générale et pour les différents rapports qu'elle soumettait à l'organisme de réglementation qui la régissait elle continuait à se servir de la comptabilité d'exercice. La juge Reed a conclu que les produits d'exploitation non facturés mais gagnés ne sont pas des sommes à recevoir au sens de l'alinéa 12(1)(b) de la Loi. Ces montants sont plutôt régis par le paragraphe 9(1), car cette méthode donne une image plus fidèle que l'autre du revenu réalisé au cours de l'exercice.

Le juge MacKay a donc conclu ce qui suit (aux pages 335 et 336):

Si l'exclusion des produits d'exploitation non facturés de la comptabilisation des bénéficiaires aux fins de l'impôt n'est pas exigée par la Loi, est-il possible d'étayer la thèse de la demanderesse selon laquelle leur exclusion, selon une méthode conforme à un aspect des principes comptables généralement reconnus, est permise par la Loi? Dans son témoignage, mis en doute mais non abandonné au cours du contre-interrogatoire, l'expert Culver a dit clairement que les P.C.G.R. ne permettaient pas d'adopter une méthode aux fins des états financiers et une autre aux fins de l'impôt sur le revenu, car le principe de la continuité, énoncé en l'occurrence à l'article 1506.02, veut que la méthode suivie soit la même pendant tout l'exercice et d'un exercice à l'autre. Par surcroît, les principes qui sous-tendent les décisions de la Cour d'appel dans *Neonex International Ltd. c. La Reine*, [1978] C.T.C. 485; 78 D.T.C. 6339 (C.A.F.) et dans *Cyprus Anvil Mining Corporation c. La Reine*, [1990] 1 C.T.C. 153; 90 D.T.C. 6063 (C.A.F.); inf. [1985] 2 C.T.C. 74; 85 D.T.C. 5306 (C.F. 1^{re} inst.), justifient, à mon sens, la conclusion selon laquelle la Loi ne permet pas de déclarer les produits d'exploitation aux fins de l'impôt selon une méthode différente de celle suivie aux fins de présenter fidèlement la situation financière d'une société aux actionnaires et aux créanciers, mis à part les dispositions de la Loi qui exigent expressément un traitement différent, Dans *Neonex*, relativement à la déduction de dépenses engagées pour la fabrication d'enseignes non achevées en vertu d'un contrat stipulant le paiement après l'achèvement, la Cour s'est appuyée sur le principe du rattachement des charges et des produits à l'exercice et a conclu que le traitement comptable aux fins de l'impôt et celui aux fins des états financiers dressés à l'intention des actionnaires et du grand public devaient être les mêmes. Dans *Cyprus Anvil*, invoquant le principe de la continuité des méthodes, la Cour a interdit à la société le calcul de ses bénéficiaires aux fins de l'impôt d'une manière différente de celle suivie dans sa propre comptabilité, pour une période où elle était exonérée d'impôt, qui avait une incidence sur sa situation fiscale au cours de la période suivante. Certes, les faits sont tout différents dans ces deux affaires et dans l'espèce, mais le principe général étaye la conclusion qui y est énoncée, c'est-à-dire que la Loi ne permet pas de faire une déclaration de revenu aux fins de l'impôt comme celle qu'a faite la demanderesse. Cette conclusion repose aussi sur l'interprétation du

I conclude that the *Income Tax Act* does not require or permit a taxpayer to account for revenues, and thus profits, on a billed basis for a taxation year when at the same time it accounts for financial statement purposes on an earned or accrued basis, including estimates of unbilled revenue in its account at year end. It may well be that the taxpayer could opt to calculate income on the billed basis, at least in the plaintiff's industry where either of the two treatments appears to be followed by individual companies, assuming appropriate reasons for so doing are supportable within GAAP, if it does so for purposes of both financial statements and for reporting for income tax purposes. That would simply put the plaintiff in this case in the same position that it followed prior to 1979.

II

In the submission of the appellant, the Trial Judge erred in two respects: (1) in deciding that the estimates of unbilled revenue were revenue for income tax purposes, even though they were not receivable under paragraph 12(1)(b) of the Act; and (2) in deciding that profit for tax purposes must be computed on the same basis used for computing profit for general financial purposes, even though there are two alternative generally accepted accounting principles. I shall deal with these errors in reverse order. For ease of reference, I shall describe the Trial Judge's conclusion that the Act requires a taxpayer to utilize the same method for tax returns and financial statements as expressing a principle of consistency.

The appellant argued that consistency as referred to in section 1506.02 of the CICA Handbook required only the consistent use of a particular accounting principle for a specific purpose, and not the use of the same principle for different purposes. Moreover, it was said that there is no Canadian authority for the Trial Judge's principle, while there is an English authority, *Willingale (Inspector of Taxes) v International Commercial Bank Ltd*, [1978] 1 All ER 754 (H.L.) to the contrary. In short, the appellant contended that it was entitled to use either of the two

paragraphe 12(2), rapproché du paragraphe 9(1), donnée par la juge Reed dans *Maritime Telegraph*, supra.

Je conclus que la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'exige pas du contribuable qu'il comptabilise les produits d'exploitation, et par conséquent les bénéfices, selon les factures établies pour une année d'imposition alors qu'aux fins des états financiers, il inscrit les produits gagnés ou les créances, y compris les produits d'exploitation non facturés estimatifs à la fin de l'exercice, et la Loi ne le lui permet pas non plus. Il se peut bien que le contribuable puisse choisir de calculer son bénéfice selon les factures établies, du moins dans le secteur d'activité de la demanderesse, où les sociétés semblent adopter l'un ou l'autre des deux traitements, à la condition que les raisons appropriées d'agir ainsi soient justifiables d'après les P.C.G.R., s'il suit cette méthode tant aux fins des états financiers qu'aux fins de l'impôt. En pareil cas, la demanderesse serait simplement dans la même situation qu'avant 1979.

II

L'appelante soutient que le juge de première instance a commis deux erreurs, la première, en déterminant que les produits d'exploitation estimatifs non facturés constituaient un revenu imposable même s'ils n'étaient pas une somme à recevoir au sens de l'alinéa 12(1)b) de la Loi et, la deuxième, en jugeant que le contribuable devait utiliser pour calculer le montant de ses bénéfices à des fins fiscales la méthode qui servait au calcul de ceux-ci pour les fins de l'information financière générale de l'entreprise, même si les PCGR lui donnaient le choix entre deux méthodes. Je commencerai par la deuxième erreur. Pour ne pas alourdir le texte, je considère qu'en concluant que la Loi fait obligation aux contribuables d'utiliser la même méthode comptable pour la préparation de leurs états financiers et pour celle de leurs déclarations de revenus, le juge de première instance a exprimé le principe de la continuité.

L'appelante fait valoir que ce principe, tel qu'il est énoncé à l'article 1506.02 du Manuel de l'Institut canadien des comptables agréés, n'exige que l'usage continu d'une méthode comptable donnée pour une fin spécifique et non l'utilisation de la même méthode pour différentes fins. Elle soutient en outre que la conclusion du juge ne repose sur aucune décision canadienne, tandis qu'une décision anglaise, *Willingale (Inspector of Taxes) v International Commercial Bank Ltd*, [1978] 1 All ER 754 (H.L.) établit la position contraire. Bref, l'appelante prétend qu'elle

accounting methods in question, as provided for in the partial agreed statement of facts.

In the *Willingale* decision, where the taxpayer included income respecting discounted bills of exchange calculated on a daily basis in its financial statement, but excluded the discounts for tax purposes until the bills matured or were sold, the House of Lords, by a bare 3-2 margin, decided in favour of the taxpayer. Lord Fraser of Tullybelton may be said to have expressed the majority view, as follows (at pages 761-762):

... I am of opinion that the bank's accounts prepared for commercial purposes are drawn up on the principle of anticipating future profits from its holding of bills and notes. There are no doubt excellent commercial reasons for preparing the accounts in that way.

But they are not a proper basis for assessing the bank's liability to corporation tax.

In my opinion, *Willingale* cannot be interpreted, as the appellant would have it, as rejecting the principle of consistency, because it decided only that a taxpayer is not required to anticipate future profits.

The Trial Judge cited *Neonex International Ltd v The Queen*, [1978] CTC 485 (F.C.A.); and *Cyprus Anvil Mining Corp. v. Canada*, [1990] 1 C.T.C. 153 (F.C.A.), in support of the principle of consistency. *Neonex* had to do with the deductibility of expenses incurred in making unfinished signs, and the Trial Judge accurately stated that [at page 336] "the Court relied on the principle of matching expenses and revenues". But with respect, that is not the same as the asserted principle of consistency, which must amount to a rule of law rather than a factual determination. In *Neonex*, Urie J. wrote for the Court (at pages 500-501):

In my opinion, the method used by the appellant in calculating its taxable income accorded neither with generally accepted accounting principles nor with the proper method of computing income for tax purposes The expenses incurred in connection with the partially completed signs were

avait le droit d'utiliser l'une ou l'autre des deux méthodes comptables en question, décrites dans l'exposé conjoint des faits partiel.

Dans l'affaire *Willingale*, le contribuable avait inscrit à ses états financiers des revenus relatifs à des lettres de change escomptées, calculés sur une base quotidienne, mais, dans sa déclaration de revenus, il n'avait inclus l'escompte qu'au moment où les lettres étaient venues à échéance ou avaient été cédées. La Chambre des lords a rendu, à trois contre deux, un jugement très partagé en faveur du contribuable. On peut dire que lord Fraser of Tullybelton a exprimé l'avis de la majorité lorsqu'il a écrit (aux pages 761 et 762):

[TRADUCTION] . . . à mon sens, la comptabilité tenue par la banque pour ses fins commerciales reposait sur le principe de l'anticipation des bénéfices qu'elle retirerait des lettres de change et des effets qu'elle détenait. Il existe à n'en pas douter d'excellentes raisons, sur le plan commercial, pour procéder ainsi.

Mais cette méthode ne convient pas à l'évaluation de l'obligation de la banque au titre de l'impôt sur le revenu des corporations.

L'appelante conclut que l'arrêt *Willingale* rejette le principe de la continuité. Je n'estime pas qu'elle en fait une interprétation correcte, car la décision ne fait qu'établir qu'un contribuable n'est pas tenu d'anticiper des bénéfices futurs.

Le juge de première instance a cité les décisions *Neonex International Ltd c La Reine*, [1978] CTC 485 (C.A.F.); *Cyprus Anvil Mining Corp. c. Canada*, [1990] 1 C.T.C. 153 (C.A.F.) à l'appui du principe de la continuité. L'affaire *Neonex* portait sur la déduction de dépenses engagées pour la fabrication d'enseignes non achevées. Le juge de première instance a correctement conclu que la Cour s'était « appuyée sur le principe du rattachement des charges et des produits ». Mais, en toute déférence, ce dernier principe diffère du principe de la continuité, qui doit prendre la forme d'une règle de droit plutôt que d'une conclusion factuelle. Dans l'affaire *Neonex*, le juge Urie avait écrit (aux pages 500 et 501):

À mon avis, la méthode que l'appelante a utilisée pour calculer son revenu imposable n'est conforme ni aux principes comptables généralement reconnus ni à la méthode appropriée de calcul du revenu imposable . . . Les dépenses subies au titre des enseignes inachevées ont été engagées en vue de produire

laid out to bring in income in the next or some other taxation year, not in the year in which they were claimed. As a result, the income of the appellant would not be portrayed fairly nor accurately if it were permitted to adopt this method for tax purposes while for the purposes of its own creditors and shareholders it used the generally accepted accounting method presumably because that method fairly and accurately provides them with the profit or loss information to which they are entitled.

The decision made by this Court in *Neonex* was in the interests of the fair and accurate presentation of the company's income, and was based upon a factual determination that a different method from that used in its financial statement would not on the facts portray its position fairly and accurately.

In *Cyprus Anvil* this Court applied a principle of consistency, but that principle related to the taxpayer's own previous tax returns as well as to its financial statements, and was based on sound business or commercial principles. Urie J.A. said (at pages 158-159):

The three-year exempt period granted by subsection 83(5) of the Act and section 28 of the I.T.A.R. was provided as a tax incentive for the development of new mines and, according to the respondent, its purpose was to exempt from tax the fruits of the income earning process carried on in the prescribed three years.

In essence what this submission means is that no matter how the respondent calculates its profit for either financial statement or tax purposes, it is entitled by virtue of the intention of the incentive legislation to maximize its profits for that exempt period.

It seems to me that when the issue is stated succinctly and baldly in that way, it immediately discloses the fallacy in the respondent's position. The tax exempt period cannot exist in isolation and the rules to be applied in determining the profit which the company earns from its production of concentrates during the exempt period must be determined, as was said by this Court in a different factual and statutory context in *Denison Mines Ltd. v. M.N.R.*, [1972] 1 F.C. 1324; C.T.C. 521; 72 D.T.C. 6444, at 524 [D.T.C. 6446]:

... must be determined by sound business or commercial principles and not by what would be of greatest advantage to the taxpayer having regard to the idiosyncrasies of the *Income Tax Act*.

The undoubted fact that subsection 83(5) is incentive legislation does not, as I see it, entitle the recipient of the statutory

un revenu au cours de l'année suivante ou d'une année d'imposition subséquente, mais non au cours de l'année où l'appelante en réclame la déduction. Il s'ensuit donc que le revenu de l'appelante ne serait représenté ni proprement ni fidèlement si elle pouvait adopter cette méthode aux fins de l'impôt, alors qu'à l'intention de ses actionnaires et de ses créanciers, elle employait la méthode comptable généralement reconnue, probablement parce qu'elle assurait un état fidèle des profits et pertes, état qu'ils étaient en droit d'exiger.

Dans l'affaire *Neonex*, la Cour a rendu une décision favorable à la présentation fidèle des résultats de l'entreprise, qui reposait sur la conclusion de fait selon laquelle le contribuable qui utiliserait une méthode différente de la méthode suivie pour la préparation des états financiers, ne présenterait pas proprement et fidèlement sa situation.

Dans *Cyprus Anvil*, la Cour a appliqué le principe de la continuité, mais celui-ci se rapportait aux propres déclarations antérieures de revenus du contribuable ainsi qu'à ses états financiers et reposait sur les règles de la saine gestion financière ou commerciale. Le juge Urie, J.C.A., a indiqué (aux pages 158 et 159):

La période d'exonération de trois ans accordée par le paragraphe 83(5) de la Loi et l'article 28 des RAIR a été prévue à titre de mesure fiscale d'encouragement à la mise en valeur de nouvelles mines et, suivant l'intimée, son objectif était d'exonérer de l'impôt le fruit des efforts consentis en vue de réaliser des bénéfices au cours des trois années prescrites.

En substance, ce que cette prétention signifie c'est que peu importe comment l'intimée calcule son bénéfice pour les fins de ses états financiers ou de l'impôt, elle a le droit, en vertu de l'objectif poursuivi par les mesures législatives d'encouragement, de maximiser ses profits pour cette période d'exonération.

Il me semble que lorsqu'on expose la question en litige aussi succinctement et sèchement, on constate immédiatement la fausseté de la thèse de l'intimée. La période d'exonération ne peut exister isolément et les règles à appliquer lorsqu'il s'agit de calculer le bénéfice que la compagnie tire de sa production de concentrés au cours de la période d'exonération doivent, comme notre Cour l'a affirmé dans un contexte factuel et législatif différent dans l'arrêt *Denison Mines Ltd. c. M.R.N.*, [1972] 1 C.F. 1324; C.T.C. 521; 72 D.T.C. 6444, à la p. 524 [D.T.C. 6446]:

... être jugée[s] selon de solides principes commerciaux et non selon ce qui peut avantager le contribuable, compte tenu des particularités de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Le fait incontestable que le paragraphe 8(5) soit une mesure législative d'incitation ne donne pas, à mon sens, droit à la per-

beneficence to propose a method of computing the profit it purported to derive during the exempt period in a manner which is contrary to its method of computing its income before, during and after the exempt period both for its own financial reporting purposes and for its tax reporting purposes. To permit the taxpayer to change its usual accounting practices solely to maximize its profits during the exempt periods distorts not only the income during that period but also that in the periods before and after it. This is neither logical, authorized by statute nor consistent with good business or accounting practice.

This is a different concept, it seems to me, than the principle of consistency as between financial and tax statements. It has to do, rather, with fairly and accurately portraying income on the basis of sound business or commercial principles.

Again, in *Maritime Telegraph* Reed J. relied on the method which accords a "truer picture" of the company's income (at page 5039):

It is clear from the evidence that both methods of accounting are in accordance with Generally Accepted Accounting Principles. At the same time, while there is some evidence that the billed method is used by some utility companies, there was no evidence that any large Canadian telephone company uses the billed method for its general financial statements. Also, it is fair to conclude that the earned method accords a "truer" picture of the company's income for the year in question than does the billed method. The plaintiff is engaged in providing a continuing service which by its very nature results in revenue accruing daily.¹

Apart from the judicial authorities, I find myself in agreement with the following analysis by Professor Brian J. Arnold, "Conformity Between Financial Statements and Tax Accounting" (1981), 29 *Can. Tax J.* 476, at page 487, as to the policy considerations involved:

Any requirement of conformity between financial statements and income tax accounting is undesirable basically for

¹ In my opinion the appellant was correct in its contention that *Maritime Telegraph* was a weaker case for the taxpayer than that at bar, because the telephone company's records would indicate the exact timing of telephone calls, and only the mechanics of calculation had not been applied. But for the reasons given I come to a different conclusion from the appellant as to the principles involved in the case at bar.

sonne qui bénéficie d'un avantage accordé par la loi de proposer une méthode de calculer le bénéfice qu'elle prétend avoir réalisé durant la période d'exonération d'une façon qui est contraire à sa méthode de calculer son revenu avant, pendant et après la période d'exonération tant pour ses propres fins de présentation de l'information financière que pour celles de la déclaration fiscale. Permettre au contribuable de modifier ses méthodes comptables habituelles dans le seul but de maximiser ses profits au cours des périodes d'exonération fausse non seulement le revenu gagné au cours de cette période, mais également celui qui est réalisé au cours des périodes précédentes et ultérieures. Cela n'est ni logique, ni autorisé par la loi, ni conforme aux bonnes méthodes commerciales ou comptables.

Il s'agit, selon moi, d'une notion différente de celle du principe de continuité entre les états financiers et les déclarations de revenus. Elle concerne plutôt la présentation fidèle et exacte du revenu en appliquant les principes d'une saine gestion commerciale.

Dans l'affaire *Maritime Telegraph*, le juge Reed a retenu, je le répète, la méthode qui permettait d'avoir une «image plus fidèle» du revenu de la compagnie (à la page 5039):

Il ressort clairement de la preuve que les deux méthodes comptables susmentionnées sont conformes aux principes comptables généralement reconnus. Par ailleurs, même si certains éléments de preuve montrent que certaines entreprises de services publics emploient la méthode du montant facturé, aucun ne permet de conclure qu'une seule grande société canadienne de téléphone emploie la méthode du montant facturé aux fins de ses états financiers généraux. En outre, il est juste de conclure que la méthode du montant gagné donne une image plus «fidèle» du revenu de l'entreprise pour l'année en question si on la compare à la méthode du montant facturé. L'entreprise de la demanderesse consiste à fournir un service continu qui, par sa nature même, donne lieu à un revenu qui s'accroît quotidiennement¹.

Laissant de côté la jurisprudence, je souscris à l'analyse faite par le professeur Brian J. Arnold dans «Conformity Between Financial Statements and Tax Accounting» (1981), 29 *Can. Tax J.* 476, à la page 487, à l'égard des principes généraux en cause:

[TRADUCTION] Il n'est pas opportun, pour deux motifs fondamentaux, d'exiger l'emploi des mêmes méthodes comptables

¹ À mon avis, l'appelante soutient à bon droit que les faits de l'affaire *Maritime Telegraph* ne sont pas aussi favorables au contribuable que ceux de la présente espèce, parce que les registres de la compagnie de téléphone indiquaient la date exacte des appels, et que seules les méthodes mécaniques de calcul n'avaient pas été appliquées. Pour les motifs déjà exprimés, cependant, j'en viens à une conclusion différente de celle de l'appelante sur les principes applicables en l'espèce.

two reasons. First, it will result in distinctions in the tax burdens on taxpayers on the basis of a criterion that is largely irrelevant to the tax system. The determination of business profit in accordance with ordinary accounting principles and practices entitles taxpayers occasionally to choose between alternative methods or practices. If this flexibility is unacceptable for income tax purposes (and it is very questionable that it is unacceptable), detailed provisions of the Act should be adopted to prescribe the rules that must be used for computing tax profit. But requiring conformity between a taxpayer's financial statements and his tax return simply shifts the flexibility from the tax return to the financial statements. Taxpayers in the same situation should be treated in the same way for income tax purposes whether or not they happen to use different accounting methods and practices for financial statement purposes. Second, any conformity requirement will operate unevenly with respect to different types of taxpayers. Corporations whose financial statements must be audited or are required by legislative enactment to follow prescribed accounting practices and methods will have less flexibility in reporting their income for income tax purposes than private corporations or individuals who will be more able to adopt alternative accounting practices in their financial statements.

Many accountants have expressed the view from time to time that a requirement of conformity between the computation of profit for income tax purposes and the computation of profit for financial accounting purposes would have the undesirable effect of constraining the development of generally accepted accounting principles. The pressure on the development of financial accounting will be even greater if there is a requirement of conformity between financial statements and tax reporting. In order to reduce taxes, owners and managers are likely to attempt to persuade accountants to prepare the financial statements of the business on a basis that results in less tax being paid but that does not result in the disclosure of the best or most reliable information to other users of the financial statements. [Footnote omitted]

In my view, it would be undesirable to establish an absolute requirement that there must always be conformity between financial statements and tax returns, and I am satisfied that the cases do not do so. The approved principle is that whichever method presents the "truer picture" of a taxpayer's revenue, which more fairly and accurately portrays income, and which "matches" revenue and expenditure, if one method does, is the one that must be followed.

The result often will not be different from what it would be using a consistency principle, but the "truer picture" or "matching approach" is not absolute in its

pour la préparation des états financiers et pour celle des déclarations de revenus. D'abord, il s'ensuivrait une différence d'assujettissement à l'impôt entre les contribuables sur la base de critères largement étrangers au régime fiscal. L'établissement des bénéfices de l'entreprise conformément aux principes et aux usages comptables habituels permet à l'occasion au contribuable de choisir entre différentes méthodes. Si l'on estime cette souplesse inacceptable en matière fiscale (et une telle position serait très contestable), il conviendrait d'inclure dans la Loi des dispositions édictant clairement les règles à suivre pour le calcul des bénéfices à des fins fiscales. En exigeant la conformité des états financiers et de la déclaration de revenus d'un contribuable, on transfère simplement aux états financiers la souplesse admise à l'égard de la déclaration de revenus. Le fisc devrait traiter de la même façon les contribuables qui se trouvent dans la même situation, que ceux-ci emploient ou non des méthodes comptables différentes pour la préparation de leurs états financiers. Deuxièmement, une exigence de conformité produira des effets différents suivant les contribuables. Les sociétés qui doivent faire vérifier leurs états financiers ou qui sont tenues de suivre des usages ou des méthodes comptables déterminés ne pourront pas déclarer leurs revenus au fisc avec la même souplesse que les sociétés privées ou les particuliers, auxquels il sera davantage possible d'adopter d'autres méthodes comptables pour la préparation de leurs états financiers.

Beaucoup de comptables ont, à un moment ou l'autre, exprimé l'avis que l'exigence de conformité dans le calcul des bénéfices à des fins fiscales et à des fins de comptabilité générale aurait le fâcheux effet de restreindre l'évolution des principes comptables généralement reconnus. Le développement de la comptabilité générale subira des pressions encore plus fortes s'il doit y avoir uniformité entre les états financiers et les déclarations de revenus. Il est à prévoir que les propriétaires et les gestionnaires d'entreprise tenteront de convaincre leurs comptables de préparer les états financiers de l'entreprise suivant une méthode qui diminue l'assujettissement à l'impôt, mais qui ne permet pas de donner aux autres utilisateurs de ces états les renseignements les plus précis et les plus sûrs. [Le renvoi en bas de page a été omis.]

Il n'est pas souhaitable, à mon avis, d'ériger la conformité entre les états financiers et les déclarations de revenus en exigence absolue, et j'ai la conviction que ce n'est pas ce que font les décisions précitées. Elles établissent plutôt que la méthode applicable est celle qui donne l'image la plus fidèle du revenu du contribuable, qui le représente le plus fidèlement et proprement et qui permet le meilleur «rattachement» des charges et des produits.

Souvent, le résultat obtenu ne différera pas de celui auquel on serait parvenu en appliquant le principe de la continuité, mais la méthode de «l'image la plus

effect, and requires a close look at the facts of a taxpayer's situation.

Because the practical results of the two principles are so closely related, it may be that the Trial Judge implicitly reached a conclusion as to the application of the truer picture approach, even though he did not do so clearly and unequivocally. For instance, he said of Culver's testimony, which he clearly found persuasive as a whole (at page 333):

From the examination and cross-examination of Mr. Culver I conclude the following. It is his view that the accrual method of accounting better reflects the financial situation of a corporation because it is intended to match expenditures with revenues, and thus net income, for a given period, consistent with one of the basic tenets of GAAP.

Culver himself was very directly on point in his expert report (*Appeal Book*, appendix I, at page 6):

Faced with a choice between the alternative of accruing or not accruing the unbilled income, I would opt for the former. In my opinion, the accruing of unbilled income more closely matches the revenues of the organization with its relevant costs (see CICA Handbook Sections 1000.41 to 1000.43) and therefore produces a more accurate determination of net income for a particular period.

This conclusion of Culver's is less significant than two admissions by Stephen A. Ash, the Vice-President of Finance of, and the only witness called by, the appellant. The more general admission was made in the context of the 1979 change of policy with respect to unbilled revenues (Transcript of Verbal Testimony, at page 91):

Q Would it be fair to say that by taking into account the unbilled revenues, you would more accurately reflect the profit picture for the company during the fiscal period?

A We were trying to reflect what the revenue would be—ultimately what the revenue would be in the fiscal year.

Q And would that be more accurate if you included unbilled revenues than if you excluded them?

fidèle» ou du «rattachement» n'aboutit pas à des effets absolus et exige un examen factuel minutieux de la situation du contribuable.

Les résultats pratiques des deux principes étant si apparentés, il se peut que le juge de première instance soit implicitement parvenu à une conclusion à l'égard de l'application du principe de l'image la plus fidèle, même s'il ne l'a pas fait de façon claire et catégorique. Du témoignage de M. Culver que, manifestement, il trouve globalement persuasif, il dit, par exemple (à la page 333):

Voici ce que je conclus de l'interrogatoire et du contre-interrogatoire de M. Culver. À son avis, la méthode de la comptabilité d'exercice reflète mieux la situation financière d'une société parce qu'elle vise à rattacher les charges et les produits, et par conséquent le bénéfice net, à un exercice, conformément à l'un des principes fondamentaux des P.C.G.R.

M. Culver lui-même s'est exprimé très catégoriquement sur ce point dans le rapport qu'il a soumis en qualité d'expert (dossier d'appel, annexe 1, à la page 6):

[TRADUCTION] Si je devais choisir entre l'inscription ou la non-inscription des produits d'exploitation non facturés, j'opterais pour la première solution. À mon avis, on rattache plus étroitement les produits de l'entreprise aux charges pertinentes lorsqu'on inscrit les produits d'exploitation non facturés (Voir le manuel de l'ICCA, art. 1000.41 à 1000.43), ce qui permet de déterminer plus exactement les bénéfices nets réalisés dans une période donnée.

Mais cette conclusion du témoin expert importe moins que les deux aveux de M. Stephen A. Ash, le vice-président aux finances de l'appelante et le seul témoin qu'elle a fait entendre. L'aveu le plus général a trait au changement apporté en 1979 dans la façon de traiter les produits d'exploitation non facturés (transcription de la déposition, à la page 91):

[TRADUCTION] Q. Serait-il juste de dire qu'en tenant compte des produits d'exploitation non facturés vous donniez une image plus exacte des bénéfices réalisés par la compagnie pendant l'exercice?

R. Nous essayions de présenter quels seraient les revenus—quels seraient ultimement les revenus pendant l'exercice.

Q. La présentation serait-elle plus exacte si vous incluiez les produits d'exploitation non facturés que si vous les excluiez?

A That's why we did it, yes.

Ash made a parallel admission with respect to expenditure (Transcript, at page 85):

Q Would you agree that, therefore, in reporting your income for tax purposes in 1983, that income would be reduced by certain expenses that were incurred in order to earn a so called unbilled revenue?

A Included in our expenses would be those items, yes.

Finally, there is an acknowledgement by Ash as to the appellant's primary motive in its 1979 change of policy, which I believe is tantamount to an acceptance that the accrual method presents a truer picture of the company's income (Transcript, at page 33):

Q Why was the company seeking to improve its income for financial statement to [*sic*] purposes at that time, for whose benefit?

A It was for the benefit of the shareholders and we were in a serious position of potentially recording losses. We had a serious concern that we would be unable to raise capital if we got into a worse position. So we were seeking ways to improve our earnings at that time.

On the basis of this evidence I can conclude only to the fact that, even in the opinion of the appellant's directing mind, the accrual method of accounting adopted in 1979 for both financial and tax purposes presented a truer picture of the appellant's revenue because it more accurately and fairly matched revenue and expenditure—this, despite the fact that the estimate of revenue for the “stub-end” of the year could be only an approximation of the actual revenue.

Although, in my view, the learned Trial Judge was in error as to the legal principle to be applied, the approach which I propose to this problem leads to the same result, one which I believe he reached implicitly and in any event one to which he would inevitably have come if he had clearly directed his mind to the question.

III

The principal question remaining is as to whether the unbilled revenues in question come under the provisions of paragraph 12(1)(b) of the Act as an amount

R. C'est pour cela que nous l'avons fait, oui.

Il a reconnu la même chose à l'égard des dépenses (transcription, à la page 85):

[TRADUCTION] Q. Diriez-vous, alors, que dans la déclaration de votre revenu imposable pour 1983, le revenu est diminué du montant de certaines dépenses engagées dans le but de gagner ce qu'on est convenu d'appeler un produit d'exploitation non facturé?

R. Ces montants sont inclus dans nos dépenses, oui.

Finalement, M. Ash a fait, à l'égard de la principale raison motivant le changement de méthode effectué en 1979, un aveu équivalant à une reconnaissance du fait que la comptabilité d'exercice donne une image plus fidèle du revenu de la société (Transcription, à la page 33):

[TRADUCTION] Q. Pourquoi la compagnie essayait-elle, à ce moment-là de donner une meilleure image de ses bénéfices dans la présentation de ses états financiers? Au profit de qui?

R. C'était pour les actionnaires. Nous risquions sérieusement d'enregistrer des pertes. Nous craignions sérieusement de ne pas pouvoir obtenir de capitaux si notre situation empirait. Nous cherchions donc à améliorer nos gains.

La seule conclusion qu'il m'est possible de tirer du témoignage qui précède est que, même dans l'opinion de la tête dirigeante de la société appelante, la méthode de la comptabilité d'exercice adoptée en 1979 tant pour la présentation des états financiers que pour celle des déclarations de revenus donnait une image plus fidèle des bénéfices réalisés par l'appelante parce qu'elle rattachait les produits aux charges de façon plus juste et plus exacte, malgré le fait que les produits estimatifs du fragment final de l'année ne pouvaient être qu'approximatifs.

Bien qu'à mon avis, le juge de première instance se soit trompé quant au principe à appliquer, l'analyse que je propose pour résoudre le problème aboutit au même résultat. Je crois que le juge de première instance est parvenu implicitement à ce résultat et qu'il l'aurait atteint de toute manière s'il avait clairement abordé la question sous cet angle.

III

Il me reste à déterminer, principalement, si les produits d'exploitation non facturés dont il est question sont visés par l'alinéa 12(1)(b) de la Loi et constituent

receivable, and, if so, whether they are exempted from that provision by the unless clause.

The word "receivable" is nowhere defined in the Act. The respondent's witness Culver acknowledged that, under GAAP, unbilled revenue at the end of a year is not considered an amount receivable for that year (Transcript, at pages 129-130). That is, of course, relevant, but not decisive, as to the legal concept.

In *Maritime Telegraph* Reed J. held that the unbilled telephone charges there were not receivable under paragraph 12(1)(b), and that the case should be decided under subsections 9(1) and 12(2) (at pages 5040-5041):

I do not think the unbilled but earned revenues are "receivable" in the sense governed by paragraph 12(1)(b). It seems to me that that paragraph refers to amounts which have been billed as is the case with "accounts receivable". The paragraph is particularly applicable to businesses who deal in the sale of goods or the sale of services when those services are performed at a discrete time or times. The business in which the plaintiff engages is not of this nature. The service it provides to its customers is a continuous one and its profit therefrom is earned on a continuous basis.

The earned but unbilled revenues of the taxpayer at year end are brought into income pursuant to subsection 9(1) of the Act and there is no need to rely upon paragraph 12(1)(b) for this purpose. They were being accounted for by the taxpayer under subsection 9(1) prior to 1984 and they should equally be accounted for, pursuant to that subsection, after that date.

Lastly, it is my view that subsection 12(2) is pertinent. That subsection makes it very clear that paragraph 12(1)(b) is not to be construed as implying that amounts not referred to therein are "not to be included in computing income". It seems to me the taxpayer's argument in the present case would require one to ignore that directive.

The Trial Judge in the case at bar seems to have been in agreement with Reed J.

The *locus classicus* for the concept of "receivable" is *Minister of National Revenue v. John Colford Contracting Co. Ltd.*, [1960] Ex.C.R. 433, at pages 440-441, where Kearney J. said:

une somme à recevoir et, dans l'affirmative, s'ils sont exclus de l'application de la disposition aux termes de l'exception qui y est prévue.

La Loi ne définit nulle part ce qu'est une «somme à recevoir». M. Culver, témoin de l'intimée, reconnaît qu'aux termes des PCGR les produits d'exploitation non facturés à la fin de l'exercice ne constituent pas une somme à recevoir à l'égard de celui-ci (transcription, aux pages 129 et 130). Cette affirmation est pertinente, certes, mais elle n'est pas décisive à l'égard du concept juridique en cause.

Dans l'affaire *Maritime Telegraph*, la juge Reed a conclu que les montants afférents à des services téléphoniques non facturés n'étaient pas des sommes à recevoir au sens de l'alinéa 12(1)b) et que les dispositions applicables à l'espèce étaient les paragraphes 9(1) et 12(2) (aux pages 5040 et 5041):

Je ne crois pas que le revenu gagné mais non facturé soit une somme «à recevoir» visée à l'alinéa 12(1)b). Il me semble que cet alinéa concerne des montants facturés, notamment le cas des comptes clients. Le paragraphe s'applique particulièrement aux entreprises qui font la vente de biens ou de services lorsque ces services sont rendus à l'occasion ou de façon discontinue. La demanderesse n'exploite pas une telle entreprise. Elle fournit un service continu à ses clients et elle en tire un bénéfice sur une base continue.

Les revenus gagnés mais non facturés du contribuable à la fin de l'exercice sont assimilés à son revenu en vertu du paragraphe 9(1) de la Loi, et il n'est pas nécessaire d'invoquer l'alinéa 12(1)b) à cet égard. Ce revenu était comptabilisé par le contribuable en application du paragraphe 9(1) avant 1984 et il devrait également l'être après cette date.

Enfin, je suis d'avis que le paragraphe 12(2) est pertinent. Ce paragraphe prévoit très clairement que l'alinéa 12(1)b) «ne doit s'interpréter comme signifiant que des sommes qui n'y sont pas visées ne doivent pas être incluses dans le calcul du revenu». Il me semble que l'argument du contribuable en l'espèce nous obligerait à ne pas tenir compte de cette directive.

En l'espèce, le juge de première instance semble partager les vues de la juge Reed.

Le passage classique applicable à la notion de «somme à recevoir» se trouve dans la décision *Minister of National Revenue v. John Colford Contracting Co. Ltd.*, [1960] R.C.É. 443, aux pages 440 et 441. Le juge Kearney y dit ce qui suit:

As “amount receivable” or “receivable” is not defined in the Act, I think one should endeavour to find its ordinary meaning in the field in which it is employed. If recourse is had to a dictionary meaning, we find in the *Shorter Oxford*, Third Edition, the word “receivable” defined as something “capable of being received.” This definition is so wide that it contributes little towards a solution. It envisages a receivable as anything that can be transmitted to anyone capable of receiving it. It might be said to apply to a legacy bestowed in the will of a living testator, but nobody would regard such a legacy as an amount receivable in the hands of a potential legatee. In the absence of a statutory definition to the contrary, I think it is not enough that the so-called recipient have a precarious right to receive the amount in question, but he must have a clearly legal, though not necessarily immediate, right to receive it. A second meaning, as mentioned by Cameron J., is “to be received,” and Eric L. Kohler, in *A Dictionary for Accountants*, 1957 edition, p. 408, defines it as “collectible, whether or not due.” These two definitions, I think, connote entitlement.

The appellant argued that an amount which is not capable of quantification in any reasonable or practical sense and for which a claim of payment could not be made by virtue of the tariff comprising the contractual basis upon which the appellant supplied, and the customers consumed, electricity, is not receivable within the meaning of that Act. The Act was said to be concerned with certainty rather than estimation, and the opinions that such estimates necessarily entail.

Of the cases cited by the appellant, I do not find that *Guay (J. L.) Ltée v. Minister of National Revenue*, [1971] F.C. 237 (T.D.); and *Newfoundland Light and Power Co. Ltd. v. The Queen*, [1986] 2 C.T.C. 235 (F.C.T.D.), add anything to *Colford*. In *Consolidated Textiles Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1947] Ex.C.R. 77, Thorson P. held that expenses are claimable only against the income of the year in which they are expended, and could not be apportioned against the year in which the income resulting from them was earned. He declared (at page 80):

[A]t best such apportionment could only be an approximation dependent on the auditor’s opinion. I am unable to believe that Parliament could have intended that the deductibility of expenses should depend on such an indefinite factor.

As I see it, this is the counterpart to *Colford* on the expense side, and adds nothing of substance.

[TRADUCTION] Puisque les mots «sommes recevables» ou «recevable» ne sont pas définis dans la Loi, il faut trouver leur sens ordinaire dans le domaine où ils sont employés. En cherchant dans les dictionnaires, nous pouvons lire la définition de «receivable» [TRADUCTION] (recevable) que donne le *Shorter Oxford*, (troisième édition) [TRADUCTION] «qui peut être reçu». L’énoncé est si vaste qu’il ne nous est pas d’une grande utilité. D’après cette définition, est recevable toute chose qui peut être remise à quiconque est capable de la recevoir. Il est possible d’appliquer cet adjectif au legs prévu dans le testament d’une personne encore en vie, mais personne ne considérerait un tel legs comme une somme recevable du légataire potentiel. À défaut d’une définition contraire dans la loi, je pense qu’il ne suffit pas que le soi-disant bénéficiaire ait un droit précaire de recevoir la somme en question, mais il doit avoir un droit certain de la recevoir, même si elle n’est pas nécessairement exigible. Le juge Cameron mentionne une deuxième acception: [TRADUCTION] «à recouvrer», et Eric L. Kohler donne la définition suivante dans *A Dictionary for Accountants*, 1957, à la page 408: [TRADUCTION] «recouvrable, sans égard à l’exigibilité». À mon sens, ces deux définitions supposent un droit.

L’appelante soutient qu’une somme qui ne peut être déterminée de façon raisonnable ou pratique et de laquelle on ne peut réclamer le paiement conformément au tarif formant la base des rapports contractuels aux termes desquels l’appelante fournit de l’électricité pour consommation par le client ne constitue pas une somme à recevoir au sens de la Loi. La Loi, a-t-on fait valoir, vise des montants certains et non des estimations et les opinions qui en découlent inévitablement.

Je considère que les affaires *Guay (J. L.) Ltée c. Le ministre du Revenu national*, [1971] C.F. 237 (1^{re} inst.); et *Newfoundland Light and Power Co. Ltd. c. La Reine*, [1986] 2 C.T.C. 235 (C.F. 1^{re} inst.), citées par l’appelante, n’ajoutent rien à la décision *Colford*. Dans *Consolidated Textiles Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1947] R.C.É. 77, le président Thorson a établi que les dépenses ne peuvent être déduites qu’à l’égard du revenu afférent à l’exercice où elles sont effectuées et qu’il n’est pas possible de les ventiler à l’égard de l’année où le revenu qui en découle est gagné. Il a déclaré ce qui suit (à la page 80):

[TRADUCTION] [U]ne telle répartition des dépenses ne peut tout au plus constituer qu’une approximation soumise à l’opinion du vérificateur. Il m’est impossible de croire que le Parlement ait pu vouloir faire dépendre la déductibilité des dépenses d’un facteur aussi incertain.

À mon avis, cette décision est le pendant de l’arrêt *Colford* pour ce qui est des dépenses et n’ajoute rien d’important.

In *Minister of National Revenue v. Benaby Realities Limited*, [1968] S.C.R. 12, Judson J. held for the Supreme Court of Canada that compensation following expropriation must be attributed to the year in which it was received (at pages 15-16):

In my opinion, the Minister's submission is sound. It is true that at the moment of expropriation the taxpayer acquired a right to receive compensation in place of the land but in the absence of a binding agreement between the parties or of a judgment fixing the compensation, the owner had no more than a right to claim compensation and there is nothing which can be taken into account as an amount receivable due to the expropriation.

For income tax purposes, accounts cannot be left open until the profits have been finally determined. Taxpayers are required to file a return of income for each taxation year (s. 44(1)) and the Minister must "with all due despatch" examine each return of income and assess the tax for the taxation year. However, in many cases, compensation payable under the *Expropriation Act* is not determined until more than four years after the expropriation has taken place and, in many of these cases, the Minister would be precluded from amending the original assessment because of the four-year limitation for the assessment (s. 46(4)).

My opinion is that the Canadian *Income Tax Act* requires that profits be taken into account or assessed in the year in which the amount is ascertained.

Benaby is somewhat diminished by the Supreme Court decision in *Maple Leaf Mills Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 558, cited by the respondent, where Judson J. dissented, citing *Benaby* and emphasizing "the year when the amount was ascertained" (at page 568). The majority of the Court reaffirmed the *Colford* test, about which it said (at pages 566-567):

This test is the one this Court has applied in income tax cases resulting from expropriations; for an amount to become receivable in any taxation years, two conditions must coexist:

- (1) a right to receive compensation;
- (2) a binding agreement between the parties or a judgment fixing the amount.

In the case at bar, we are admittedly faced with a very different set of facts; still as to the guaranteed minimum income, the prescribed conditions exist: the right to receive that minimum

Dans *Minister of National Revenue v. Benaby Realities Limited*, [1968] R.C.S. 12, le juge Judson a établi, au nom de la Cour suprême du Canada, que l'indemnité versée par suite d'une expropriation doit être déclarée à l'égard de l'année où elle a été reçue (aux pages 15 et 16):

[TRADUCTION] Selon moi, la prétention du ministre est bien fondée. Il est vrai qu'au moment de l'expropriation, le contribuable a acquis le droit de recevoir une indemnité en contrepartie du terrain, mais en l'absence d'un contrat exécutoire entre les parties ou d'un jugement fixant l'indemnité, le propriétaire n'avait rien de plus que le droit de réclamer une indemnité, et il n'existe aucune somme qui puisse être prise en considération à titre de somme recevable en contrepartie de l'expropriation.

En matière fiscale, les comptes ne peuvent demeurer ouverts jusqu'à ce que le montant du bénéfice soit finalement déterminé. Les contribuables sont tenus de produire une déclaration de revenus à l'égard de chaque année d'imposition (art. 44(4)), et le ministre doit, «avec toute la diligence possible», les examiner et fixer l'impôt à payer pour l'année. L'indemnité payable en application de la *Loi sur les expropriations*, cependant, est souvent déterminée plus de quatre ans après l'expropriation et, dans beaucoup de cas, le ministre ne pourrait plus modifier la cotisation initiale à cause de la prescription de quatre ans qui lui est applicable (art. 46(4)).

À mon avis, la *Loi de l'impôt sur le revenu* canadienne exige que les profits soient pris en considération ou donnent lieu au paiement d'un impôt dans l'année où leur montant est établi avec certitude

L'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Maple Leaf Mills Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 558, cité par l'intimée, affaiblit quelque peu l'arrêt *Benaby*. Le juge Judson, dissident, cite ce dernier arrêt en insistant sur «l'année où il [le montant] a été déterminé» (à la page 568). La majorité de la Cour a confirmé le critère appliqué dans l'arrêt *Colford*, au sujet duquel elle écrit (aux pages 566 et 567):

Ce critère est celui que cette Cour a appliqué aux affaires fiscales découlant d'expropriations; pour qu'un montant soit considéré comme une somme à recevoir au cours d'une année d'imposition, il y a deux conditions à remplir:

- (1) un droit à l'indemnité;
- (2) un accord obligatoire entre les parties ou un jugement fixant le montant.

Mais nous sommes aux prises ici avec des faits très différents. Toutefois, en ce qui a trait au revenu minimum garanti, les conditions prescrites étaient remplies: le droit au revenu mini-

income is not contested and the binding agreement between the parties stipulates the quantum thereof.

Applying the *Colford* rule to the facts at hand, at first blush the unbilled revenue would seem to qualify as receivable because based on appellant's "clearly legal, though not necessarily immediate, right to receive it." Electricity produced, sold and consumed is a commodity or good: *Quebec Hydro-Electric Commission v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise*, [1970] S.C.R. 30. It also falls under the definition of property in subsection 248(1) of the Act. Where property is sold, delivered and consumed, the rendering of an account is not a precondition to the right to payment: sections 31 and 32, *Sale of Goods Act*, R.S.B.C. 1979, c. 370.

The language of paragraph 12(1)(b) itself makes a distinction between "receivable" and "due" so that an amount may be receivable even though not due until a subsequent year. As this Court said in *R. v. Derbecker*, [1985] 1 F.C. 160 per Hugessen J.A. "the words 'due to him' look only to the taxpayer's entitlement to enforce payment and not to whether or not he has actually done so" (at page 161).

The only contrary argument is that the unbilled revenue was not receivable because, for practical purposes, it could not be known exactly. Viscount Simon in *Commissioners of Inland Revenue v. Gardner, Mountain & D'Ambrumenil, Ltd.* (1947), 29 T.C. 69 (H.L.), at page 93 was willing to accept "an estimate of what the future remuneration will amount to" and even "a discounting of the amount to be paid in the future". In my opinion the amount here is sufficiently ascertainable to be included as an amount receivable.

I can have no doubt that the appellant was absolutely entitled to payment for any electricity delivered, and in an amount reasonably estimated. Suppose, for example, that a customer's residence was destroyed by fire at midnight on December 31. The appellant would surely have a legal right as of the

mum n'est pas contesté et l'accord obligatoire entre les parties stipule le montant de ce revenu.

Si nous appliquons le principe de l'arrêt *Colford* aux faits de l'espèce, les produits d'exploitation non facturés paraissent à première vue constituer une somme à recevoir parce qu'ils découlent du «droit certain [de l'appelante] de la recevoir, même si elle n'est pas nécessairement exigible». L'électricité produite, vendue et consommée est une denrée ou une marchandise: *Commission hydroélectrique de Québec c. Sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l'accise*, [1970] R.C.S. 30. Elle correspond également à la définition de «biens» énoncée au paragraphe 248(1) de la Loi. Lorsqu'un bien est vendu, livré et consommé, la remise d'un compte n'est pas une condition préalable du droit au paiement (articles 31 et 32 de la *Sale of Goods Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 370).

Le libellé même de l'alinéa 12(1)(b) établit une distinction entre la somme «à recevoir» et la somme «due». Une somme peut donc être «à recevoir» même si elle n'est due que dans une année subséquente. Comme le juge Hugessen de la présente Cour l'a écrit dans *R. c. Derbecker*, [1985] 1 C.F. 160: «l'expression "lui est due" ne vise que le droit du contribuable d'exiger le paiement et non pas la question de savoir s'il l'a effectivement exigé» (à la page 161).

Cette position ne souffre qu'un argument contraire, savoir que les produits d'exploitation non facturés ne sont pas à recevoir parce qu'en pratique on ne peut en déterminer le montant exact. Dans l'affaire *Commissioners of Inland Revenue v. Gardner, Mountain & D'Ambrumenil, Ltd.* (1947), 29 T.C. 69 (H.L.), à la page 93, le vicomte Simon s'est dit disposé à accepter une [TRADUCTION] «estimation du montant de la rémunération future», et même [TRADUCTION] «une réduction du montant à payer ultérieurement». À mon avis, le montant en cause en l'espèce peut être déterminé avec assez de certitude pour être considéré comme une somme à recevoir.

Je suis convaincu que l'appelante avait le droit absolu d'être payée pour l'électricité livrée et de recevoir un montant établi par une estimation raisonnable. Supposons, par exemple, qu'un incendie ait détruit la maison d'un client le 31 décembre à minuit. L'appelante aurait certainement droit, à la date d'exi-

due date to reimbursement for the electricity supplied since the previous billing, viz, through December 31, and a Court would be prepared to fix the amount of entitlement, probably using something like the appellant's prorated method.

I must therefore conclude that the appellant had a clear legal right to payment: the amounts in question were sufficiently ascertainable to be receivables even though not yet billed or due, and therefore had to be included in income for the year then ending, provided only they are not exempted by the "unless" clause in paragraph 12(1)(b).

In my opinion, this clause does not provide an exemption because of the words "accepted for the purpose of this Part." As previously set forth, I believe the principle to be applied for purposes of this Part of the Act is the "truer picture" or "matching" principle, which, as applied here, has the effect of denying the appellant the right to use the billed account method.

In the light of this holding, it would be inappropriate to consider the applicability of subsection 9(1) taken apart from paragraph 12(1)(b) or of subsection 12(2).

IV

In the result the appeal should be dismissed with costs.

HEALD J.A.: I concur.

HUGESSEN J.A.: I concur.

gibilité, au paiement de l'électricité fournie depuis la dernière facturation jusqu'au 31 décembre, et les tribunaux seraient disposés à déterminer le montant dû en appliquant un procédé ressemblant probablement à la méthode de la consommation proportionnelle employée par l'appelante.

Il me faut donc conclure que l'appelante avait le droit incontestable d'être payée: les montants en jeu étaient suffisamment déterminables pour constituer une somme à recevoir, même s'ils n'avaient pas encore été facturés ou s'ils n'étaient pas encore exigibles. Elle devait, en conséquence, les inclure dans le calcul de son revenu pour l'année, à moins qu'ils ne constituent des revenus exonérés aux termes de l'exception prévue à l'alinéa 12(1)(b).

À mon avis, cet alinéa n'a pas pour effet d'exonérer ces revenus, à cause des mots «acceptée aux fins de la présente Partie». Comme je l'ai déjà exposé, j'estime que les principes à appliquer pour les fins de cette partie de la Loi sont ceux de «l'image plus fidèle» ou du «rattachement des charges et des produits», lesquels ont pour effet, en l'espèce, d'interdire à l'appelante le recours à la méthode des factures établies.

Étant donné cette conclusion, il n'y a pas lieu d'examiner la question de l'applicabilité du paragraphe 9(1) pris séparément de l'alinéa 12(1)(b) ou du paragraphe 12(2).

IV

L'appel est rejeté avec dépens.

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

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

A-1072-90

A-1098-90

A-1072-90

A-1098-90

Maritime Telegraph and Telephone Company, Limited (*Appellant*) (*Plaintiff*)

Maritime Telegraph and Telephone Company, Limited (*appelante*) (*demanderesse*)

v.

a

c.

Her Majesty the Queen (*Respondent*) (*Defendant*)

Sa Majesté la Reine (*intimée*) (*défenderesse*)

INDEXED AS: MARITIME TELEGRAPH AND TELEPHONE CO. v. CANADA (C.A.)

b

RÉPERTORIÉ: MARITIME TELEGRAPH AND TELEPHONE CO. c. CANADA (C.A.)

Court of Appeal, Heald, MacGuigan and Linden J.J.A.—Toronto, February 13; Ottawa, February 19, 1992.

c

Cour d'appel, juges Heald, MacGuigan et Linden, J.C.A.—Toronto, 13 février; Ottawa, 19 février 1992.

Income tax — Income calculation — Telephone company previously including value of services delivered but not billed in revenue for tax reporting and other purposes — Changing in 1984 to billed account basis for income tax only — Whether value of services delivered but not yet billed income under Act, s. 9 — Whether sales of services to be reported only when billed under s. 12(1)(b) — Purpose of s. 12(1)(b) to specify inclusions in income as defined by s. 9, not to create exclusion for sales of services — Receivables included in income for year — Telephone services quantifiable, receivable, when delivered.

d

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Antérieurement, la compagnie de téléphone incluait dans son revenu la valeur des services fournis mais non facturés aux fins de l'impôt et à d'autres fins — En 1984, elle a adopté la méthode du montant facturé aux fins de l'impôt seulement — Les services fournis mais non facturés constituent-ils un revenu en vertu de l'art. 9? — La fourniture de services doit-elle être comptabilisée seulement au moment de la facturation en vertu de l'art. 12(1)(b)? — L'art. 12(1)(b) vise à préciser les éléments à inclure dans le revenu tel que défini à l'art. 9 et non à créer une exclusion à l'égard de la fourniture de services — Les sommes à recevoir sont incluses dans le calcul du revenu pour une année — Les services téléphoniques sont des sommes à recevoir déterminables lorsqu'ils sont fournis.

e

This was an appeal from a Trial Division judgment dismissing the plaintiff's claim.

f

Il s'agit d'un appel du jugement de la Section de première instance qui a rejeté l'action de la demanderesse.

The appellant sells telephone and other telecommunications services to customers in Nova Scotia. Until 1984, it accounted for income on an earned basis, including in its income for the year the value of services delivered whether or not they had been billed. The company used the same accounting method for income tax reporting and for its reports to the provincial regulatory body. In 1984, the appellant changed its reporting of income for tax purposes only to a billed basis, reporting income from the sale of its services in the year in which they were billed; the earned basis was retained in the company's financial statements for other purposes.

g

L'appelante fournit des services téléphoniques et autres services de télécommunications à sa clientèle de la Nouvelle-Écosse. Jusqu'en 1984, elle a calculé son revenu selon la méthode du montant gagné en incluant dans son revenu de l'année la valeur des services fournis, que ceux-ci soient facturés ou non. La compagnie employait la même méthode comptable aux fins de l'impôt et aux fins de la présentation de ses états financiers à l'organisme provincial de réglementation. En 1984, l'appelante a changé de méthode comptable aux fins de l'impôt sur le revenu seulement, et elle a adopté la méthode du montant facturé, comptabilisant son revenu tiré de la fourniture des services dans l'année de la facturation; la méthode utilisée dans les états financiers de la compagnie est demeurée celle du montant gagné à d'autres fins.

h

In 1983, paragraph 12(1)(b) of the *Income Tax Act* had been amended to deem an amount receivable for services when the account is rendered or when it should have been rendered, whichever is earlier. The appellant argues that, as a result of that amendment, receivables from the sale of services become income only when billed.

i

En vertu d'une modification apportée à l'alinéa 12(1)(b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en 1983, une somme est réputée à recevoir pour des services rendus à compter de celui des jours suivants à survenir le premier: le jour où a été remis le compte ou le jour où il aurait dû être remis. L'appelante soutient qu'en raison de cette modification, les sommes à recevoir au titre de la fourniture de services ne doivent être incluses dans le revenu qu'à compter de la date de facturation.

j

Held, the appeal should be dismissed.

Arrêt: l'appel devrait être rejeté.

The Trial Judge found that the earned method gives a "truer" picture of the income of a utility company providing a continuing service, resulting in revenue which accrues daily. There was no palpable and overriding error made in arriving at that finding of fact.

Paragraph 12(1)(b) must be located in the scheme of the Act. Section 9 is the fundamental provision for defining income; it says that the income for a year from a business is the profit in that year. The purpose of section 12 is to specify what should be included in income, not to exclude any income which is clearly contemplated by section 9. Receivables are included in income under section 9. The purpose of paragraph 12(1)(b) is to ensure that business income is generally computed on an accrual basis, not a cash basis. The principal intention of the 1983 amendment is to prevent undue extension of billing times in rendering accounts for services rather than to establish any exclusion from income. The appellant's earned revenues to the end of each taxation year were receivables and, therefore, income in that year. Because the company's records indicate the exact times at which services were rendered, that income is even more readily quantifiable than the receivable for electricity delivered at issue in *West Kootenay Power and Light Co. v. Canada*.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 9, 12(1)(b) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 4), 34 (as am. by S.C. 1973-74, c. 14, s. 8; 1980-81-82-83, c. 140, s. 16).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

West Kootenay Power and Light Co. v. Canada, [1992] 1 F.C. 732; (1991), 92 DTC 6023 (C.A.); *Stein et al. v. The Ship "Kathy K" et al.*, [1976] 2 S.C.R. 802; (1975), 62 D.L.R. (3d) 1; 6 N.R. 359; *Silverman, Harry v. Minister of National Revenue*, [1961] Ex.C.R. 19; [1960] C.T.C. 262; (1960), 60 DTC 1212.

REFERRED TO:

British Columbia Telephone Co. v. Canada, A-390-91, Walsh D.J., judgment dated 17/1/92, F.C.A., not yet reported; *Ken Steeves Sales Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1955] Ex.C.R. 108; [1955] C.T.C. 47; (1955), 55 DTC 1044.

COUNSEL:

P. J. Boyle and Suzanne C. Michaelson for appellant (plaintiff).

Le juge de première instance a conclu que la méthode du montant gagné donne une image plus «fidèle» du revenu d'une compagnie qui offre un service continu donnant lieu à un revenu qui s'accroît quotidiennement. Aucune erreur manifeste ou dominante n'a été commise pour en arriver à cette conclusion de fait.

Il faut situer l'alinéa 12(1)(b) dans le cadre de la Loi. Selon l'article 9, disposition essentielle qui en précise le sens, le revenu d'une entreprise pour une année est le bénéfice pour cette année. L'objet de l'article 12 consiste à préciser ce qui doit être inclus dans le calcul du revenu et non à exclure un revenu qui est manifestement inclus à l'article 9. Les sommes à recevoir sont incluses dans le calcul du revenu en vertu de l'article 9. L'alinéa 12(1)(b) vise à faire en sorte que le revenu tiré d'une entreprise soit généralement calculé selon la méthode de la comptabilité d'exercice et non pas selon celle de la comptabilité de caisse. La modification de 1983 vise principalement à empêcher une prolongation induite des délais de facturation dans la remise des comptes pour services rendus plutôt qu'à établir une exclusion à l'égard du revenu. Les revenus gagnés par l'appelante à la fin de chaque année d'imposition étaient des sommes à recevoir et, par conséquent, elles constituaient un revenu dans cette année. Puisque les registres de la compagnie indiquent la date exacte à laquelle les services ont été fournis, ce revenu est plus facilement déterminable que les sommes à recevoir pour l'électricité fournie, en litige dans l'arrêt *West Kootenay Power and Light Co. c. Canada*.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 9, 12(1)(b) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 140, art. 4), 34 (mod. par S.C. 1973-74, chap. 14, art. 8; 1980-81-82-83, chap. 140, art. 16).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS EXAMINÉES:

West Kootenay Power and Light Co. c. Canada, [1992] 1 C.F. 732; (1991), 92 DTC 6023 (C.A.); *Stein et autres c. Le navire «Kathy K» et autres*, [1976] 2 R.C.S. 802; (1975), 62 D.L.R. (3d) 1; 6 N.R. 359; *Silverman, Harry v. Minister of National Revenue*, [1961] R.C.É. 19; [1960] C.T.C. 262; (1960), 60 DTC 1212.

DÉCISIONS CITÉES:

British Columbia Telephone Co. c. Canada, A-390-91, juge suppléant Walsh, jugement en date du 17-1-92, C.A.F., encore inédit; *Ken Steeves Sales Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1955] R.C.É. 108; [1955] C.T.C. 47; (1955), 55 DTC 1044.

AVOCATS:

P. J. Boyle et Suzanne C. Michaelson pour l'appelante (demanderesse).

S. Patricia Lee and C. Coderre for respondent (defendant).

SOLICITORS:

Fraser & Beatty, Toronto, for appellant (plaintiff).

Deputy Attorney General of Canada for respondent (defendant).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MACGUIGAN J.A.: This case deals with an issue of tax timing similar to that recently decided by this Court in *West Kootenay Power and Light Co. v. Canada*, [1992] 1 F.C. 732, but raises for resolution questions which as a matter of judicial economy were not found necessary for decision in *West Kootenay*.

On this much the parties agreed, but they disagreed as to the additional matters to be decided. For the appellant the Court needs merely to apply the 1983 amendment to paragraph 12(1)(b) of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63 (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 4)] ("the Act"). For the respondent the Court must consider the purport of section 9 and subsection 12(2) of the Act. At stake is the question of whether year-end amounts which the taxpayer included in its 1985 income should, as the respondent argued, be included in its 1984 taxation year (and similarly for the year-end of 1985 in relation to 1986).

The relevant provisions of the Act, at the relevant time, were as follows, with the 1983 amendment highlighted in italics [ss. 9(1), 12(1)(b)(i),(ii) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 4), (2), 34(1) (as am. *idem*, s. 16), (a) (as am. by S.C. 1973-74, c. 14, s. 8), (b),(c)(i),(ii),(iii),(d)]:

9. (1) Subject to this Part, a taxpayer's income for a taxation year from a business or property is his profit therefrom for the year.

S. Patricia Lee et C. Coderre pour l'intimée (défenderesse).

PROCUREURS:

Fraser & Beatty, Toronto, pour l'appelante (demanderesse).

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

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

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: Il s'agit, en l'espèce, de déterminer le moment de l'assujettissement à l'impôt, question semblable à celle récemment tranchée par cette Cour dans l'arrêt *West Kootenay Power and Light Co. c. Canada*, [1992] 1 C.F. 732, mais en l'espèce, nous sommes saisis de questions que, par économie judiciaire, l'on a pas jugé nécessaire de trancher dans l'affaire *West Kootenay*.

À ce chapitre, les parties sont d'accord alors qu'elles ne s'entendent pas sur les questions supplémentaires. Selon l'appelante, la Cour n'a qu'à appliquer la modification de 1983 apportée à l'alinéa 12(1)b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, chap. 63 (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 140, art. 4)] («la Loi»). Pour sa part, l'intimée prétend que la Cour doit étudier la portée de l'article 9 et du paragraphe 12(2) de la Loi. Il s'agit de déterminer si les sommes de la fin de l'exercice, incluses dans le calcul du revenu du contribuable pour l'année 1985, devraient plutôt, comme le prétend l'intimée, être incluses dans son revenu pour l'année d'imposition 1984 (et, de la même façon, les sommes de la fin de l'exercice 1985 à l'égard de 1986).

Les dispositions pertinentes de la Loi à l'époque concernée, la modification de 1983 étant reproduite en italiques, sont les suivantes [art. 9(1), 12(1)b)(i),(ii) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 140, art. 4), (2), 34(1) (mod., *idem*, art. 16), a) (mod. par S.C. 1973-74, chap. 14, art. 8), b),c)(i),(ii),(iii), d)]:

9. (1) Sous réserve des dispositions de la présente Partie, le revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition est le bénéfice qu'il en tire pour cette année.

12. (1) There shall be included in computing the income of a taxpayer for a taxation year as income from a business or property such of the following amounts as are applicable:

(b) any amount receivable by the taxpayer in respect of property sold or services rendered in the course of a business in the year, notwithstanding that the amount or any part thereof is not due until a subsequent year, unless the method adopted by the taxpayer for computing income from the business and accepted for the purpose of this Part does not require him to include any amount receivable in computing his income for a taxation year unless it has been received in the year, *and for the purposes of this paragraph, an amount shall be deemed to have become receivable in respect of services rendered in the course of a business on the day that is the earlier of*

- (i) the day upon which the account in respect of services was rendered, and
- (ii) the day upon which the account in respect of those services would have been rendered had there been no undue delay in rendering the account in respect of the services;

(2) Paragraphs (1)(a) and (b) are enacted for greater certainty and shall not be construed as implying that any amount not referred to therein is not to be included in computing income from a business for a taxation year whether it is received or receivable in the year or not.

34. (1) In computing the income of a taxpayer for a taxation year from a business that is the professional practice of an accountant, dentist, lawyer, medical doctor, veterinarian or chiropractor, the following rules apply:

- (a) paragraph 12(1)(b) is not applicable;
- (b) every amount that becomes receivable by him in the year in respect of property sold or services rendered in the course of the business shall be included;
- (c) for the purposes of paragraph (b), an amount shall be deemed to have become receivable in respect of services rendered in the course of the business on the day that is the earliest of

- (i) the day upon which the account in respect of the services was rendered,
- (ii) the day upon which the account in respect of those services would have been rendered had there been no undue delay in rendering the account in respect of the services, and
- (iii) the day upon which the taxpayer was paid for the services; and

(d) where the taxpayer so elects in his return of income under this Part for the year, no amount shall be included in

12. (1) Sont à inclure dans le calcul du revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien, au cours d'une année d'imposition, les sommes appropriées suivantes:

b) toute somme à recevoir par le contribuable au titre de la vente de biens ou de la fourniture de services au cours de l'année, dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise, bien que la somme ou une partie de la somme puisse n'être due que dans une année postérieure, sauf dans le cas où la méthode adoptée par le contribuable pour le calcul du revenu tiré de son entreprise et acceptée aux fins de la présente Partie, ne l'oblige pas à inclure dans le calcul de son revenu pour une année d'imposition toute somme à recevoir qui n'a pas été effectivement reçue dans l'année *et, aux fins du présent alinéa, une somme est réputée à recevoir pour services rendus dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise à compter de celui des jours suivants à survenir le premier:*

- (i) le jour où a été remis le compte à l'égard des services qui ont été rendus, et
- (ii) le jour où aurait été remis le compte pour ces services si la remise de ce compte n'avait pas subi un retard indu;

(2) Les dispositions des alinéas (1)a) et b) ont été édictées pour plus de précision et ne doivent pas s'interpréter comme signifiant que toute somme qui n'y est pas visée ne doit pas être incluse dans le calcul du revenu tiré d'une entreprise pour une année d'imposition, qu'elle soit reçue ou à recevoir dans l'année ou non.

34. (1) Dans le calcul du revenu d'un contribuable pour une année d'imposition tiré d'une entreprise qui consiste en l'exercice de la profession de comptable, de dentiste, d'avocat, de médecin, de vétérinaire ou de chiropraticien, les règles suivantes s'appliquent:

- a) l'alinéa 12(1)b) ne s'applique pas;
- b) toute somme qu'il doit recevoir dans l'année, relativement à des biens vendus ou à des services rendus dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise, doit être incluse;
- c) aux fins de l'alinéa b), une somme est réputée à recevoir pour services rendus dans l'exploitation de l'entreprise le premier des jours suivants:

- (i) le jour où a été remis le compte pour services rendus,
- (ii) le jour où aurait été remis le compte pour ces services si la remise de ce compte n'avait pas subi un retard indu, ou
- (iii) le jour où le contribuable a été payé pour les services en question; et

d) si le contribuable en fait le choix dans sa déclaration de revenu pour l'année, en vertu de la présente Partie, aucune

respect of work in progress at the end of the taxation year, except as otherwise provided by this section.

somme ne sera incluse relativement au travail en cours à la fin de l'année d'imposition, sauf dispositions contraires du présent article.

I

The appellant provides telephone and other telecommunications services to customers throughout Nova Scotia. It bills its customers on a monthly basis, but not all at the same time of the month. In fact, there are nine separate billing groups, billed approximately three days apart, each bill being for services rendered up to the date of the billing.

Until 1984, the first of the two taxation years in issue, the appellant did its accounting for income tax purposes on the basis of the "earned" method, estimating the amount of revenue earned by year-end (its fiscal year coinciding with the calendar year), even though some customers had not yet been billed for those amounts. Its financial statements were prepared in the same way, both for reporting to its shareholders and for review by the Nova Scotia Board of Commissioners of Public Utilities.

However, as of the 1984 taxation year, the appellant changed its method of accounting for income tax purposes, adopting a "billed" method of reporting income, but retaining the "earned" method for its financial statements. This change in its tax reporting, as Reed J. found at trial [[1991] 1 C.T.C. 28], was made on the advice of its accountants, who relied on what they considered to be the meaning of the 1983 amendment to paragraph 12(1)(b).

Reed J. also found that the earned method gives a truer picture of the taxpayer's income for the year than the billed method, and held that the taxpayer was consequently required to report in that way. This "truer picture" approach was adopted by this Court in *West Kootenay*.

On the factual question the learned Trial Judge said (at page 30):

I

L'appelante fournit des services téléphoniques et autres services de télécommunications à sa clientèle à l'échelle de la Nouvelle-Écosse. Elle facture ses clients mensuellement, à différentes périodes du mois. En fait, les clients sont classés selon neuf groupes distincts facturés approximativement à trois jours d'intervalle, chaque facture portant sur les services rendus jusqu'à la date de la facturation.

Jusqu'en 1984, soit la première des deux années d'imposition en litige, l'appelante a effectué sa comptabilité, aux fins de l'impôt, selon la méthode «du montant gagné», établissant le montant estimatif des revenus gagnés en fin d'exercice (son exercice financier coïncidant avec l'année civile), bien qu'une partie de ce montant n'ait pas encore été facturée à certains clients. L'appelante employait cette méthode aux fins de la présentation de ses états financiers aux actionnaires et à la Nova Scotia Board of Commissioners of Public Utilities dont elle relevait.

Toutefois, à compter de l'année d'imposition 1984, l'appelante a changé de méthode comptable aux fins de l'impôt sur le revenu, adoptant la méthode «du montant facturé» pour la préparation de ses déclarations de revenus tout en conservant la méthode «du montant gagné» pour la préparation de ses états financiers. Cette modification, a conclu le juge Reed en première instance [[1991] 1 C.T.C. 28], a été effectuée sur les conseils des comptables de l'appelante qui se sont appuyés sur ce qu'ils croyaient être le sens de la modification apportée en 1983 à l'alinéa 12(1)b).

Le juge Reed a également conclu que la méthode du montant gagné donne une image plus fidèle du revenu du contribuable pour une année que la méthode du montant facturé, et elle a statué que le contribuable devait par conséquent déclarer son revenu en utilisant cette première méthode. Le principe de «l'image plus fidèle» a été adopté par cette Cour dans l'arrêt *West Kootenay*.

Sur la question factuelle, le juge de première instance a dit (à la page 30):

It is clear from the evidence that both methods of accounting are in accordance with generally accepted accounting principles (GAAP). At the same time, while there is some evidence that the billed method is used by some utility companies, there was no evidence that any large Canadian telephone company uses the billed method for its general financial statements. Also, it is fair to conclude that the earned method accords a "truer" picture of the company's income for the year in question than does the billed method. The plaintiff is engaged in providing a continuing service which by its very nature results in revenue accruing daily.

On the *Kathy K* standard, this finding of fact could be upset only in the presence of palpable and overriding error: *Stein et al. v. The Ship "Kathy K" et al.*, [1976] 2 S.C.R. 802. The appellant did succeed in showing that there is evidence going both ways, but was unable to establish an error of the requisite magnitude.

The appeal can, therefore, succeed only if the appellant can establish, as it contended, that the 1983 amendment to paragraph 12(1)(b) must change the result.

II

Whatever the 1983 amendment may mean, its language makes clear that it applies only to the provision of services. It is common ground that it is services, i.e., telecommunications services, that the appellant supplies to its customers, and so the amendment *prima facie* applies. *West Kootenay* did not have to consider this issue because the taxpayer there supplied electricity, which, it was held, is properly classified as a good rather than a service.

In elucidating the background of the 1983 amendment, the appellant drew our attention to section 34 of the Act, which for some years previously had provided a special regime for professional taxpayers, allowing them to make use of a billed method of reporting their income.

It will be noted that, in addition to specifying the actual billing date as an option under subparagraph

Il ressort clairement de la preuve que les deux méthodes comptables susmentionnées sont conformes aux principes comptables généralement reconnus. Par ailleurs, même si certains éléments de preuve montrent que certaines entreprises de services publics emploient la méthode du montant facturé, aucun ne permet de conclure qu'une seule grande société canadienne de téléphone emploie la méthode du montant facturé aux fins de ses états financiers généraux. En outre, il est juste de conclure que la méthode du montant gagné donne une image plus «fidèle» du revenu de l'entreprise pour l'année en question si on la compare à la méthode du montant facturé. L'entreprise de la demanderesse consiste à fournir un service continu qui, par sa nature même, donne lieu à un revenu qui s'accroît quotidiennement.

Compte tenu du critère établi dans l'arrêt *Kathy K*, cette conclusion de fait ne peut être renversée que si une erreur manifeste et dominante a été commise: *Stein et autres c. Le navire «Kathy K» et autres*, [1976] 2 R.C.S. 802. L'appelante a effectivement réussi à démontrer l'existence d'éléments de preuve allant dans un sens comme dans l'autre, mais elle n'a pu faire la preuve d'une erreur de l'importance requise.

En conséquence, l'appel ne sera accueilli que si l'appelante réussit à établir, comme elle le prétend, que, compte tenu de la modification de 1983 à l'alinéa 12(1)b), la décision doit être renversée.

II

Quel que soit le sens de la modification de 1983, il ressort clairement de son libellé qu'elle ne s'applique qu'à la fourniture de services. L'appelante, a-t-on reconnu, fournit à sa clientèle des services de télécommunications, alors à première vue, la modification de 1983 s'applique à son cas. Dans l'affaire *West Kootenay*, on n'a pas eu à se prononcer sur la question puisque le contribuable y fournissait de l'électricité qui, a-t-on conclu, est à juste titre classifiée comme marchandise et non comme service.

En tentant de déterminer le fondement de la modification de 1983, l'appelante a attiré notre attention sur l'article 34 de la Loi qui, pendant quelques années antérieures, offrait un régime particulier aux contribuables professionnels en leur permettant d'employer la méthode du montant facturé aux fins de leur déclaration de revenus.

Soulignons que le contribuable peut opter soit pour la date réelle de facturation en vertu du sous-alinéa

34(1)(c)(i), another option is an imputed billing date where there has been undue delay in rendering the account (subparagraph (ii)). Both options (but not subparagraph (iii)) have been carried over into paragraph 12(1)(b) in the 1983 amendment.

The appellant said that the purpose of the 1983 amendment was to extend this section 34 benefit from the specified professional providers of services to all those in the business of rendering services. The effect was said to be to create an exception for those engaged in the providing of services from the normal rules with respect to tax timing, by allowing them to account for their receivables only as of the date of billing.

Stated in more detail, the appellant's position was as follows. The general rule of paragraph 12(1)(b) is that a taxpayer is required to include any amount receivable in respect of property sold or services rendered in the year, notwithstanding that the amount may not be due until the next year. *West Kootenay* held that a reasonable estimate of the amount earned at a year-end is sufficiently ascertainable to be an amount receivable, but that case dealt with the passing of goods, whereas the 1983 amendment makes a specific exception with respect to the providing of services. This new deeming provision, it was argued, must therefore be conclusive in determining whether an amount for telecommunications services rendered is an amount receivable for purposes of the general rule; in other words, amounts relating to the provision of all services should be conclusively deemed not to be amounts receivable for the purposes of paragraph 12(1)(b). Subsection 12(2) cannot be interpreted to frustrate the obvious meaning of paragraph 12(1)(b), especially since it long predates the 1983 amendment.

In my opinion, and as the respondent argued, such an interpretation could not be accepted without first locating paragraph 12(1)(b), including the amendment to it, in the scheme of the Act.

The determinative provision for the definition of income is section 9, which equates income for a year

34(1)(c)(i), soit pour la date de facturation présumée dans les cas où il y a eu un retard indu dans la remise du compte (sous-alinéa (ii)). Les deux solutions offertes (à l'exception du sous-alinéa (iii)) ont été reproduites à l'alinéa 12(1)(b) par la modification de 1983.

L'appelante soutient que cette modification visait à étendre l'avantage offert par l'article 34 à certains professionnels offrant des services à tous ceux qui fournissent des services. On a prétendu que l'effet de la modification était de soustraire ces derniers aux règles normales visant le moment de l'assujettissement à l'impôt en leur permettant de comptabiliser leurs sommes à recevoir à partir de la date de facturation seulement.

Formulée plus précisément, la position de l'appelante est la suivante. Aux termes de la règle générale de l'alinéa 12(1)(b), le contribuable doit inclure toute somme à recevoir au titre de la vente de biens ou de la fourniture de services au cours de l'année, bien que cette somme puisse n'être due que dans une année postérieure. Dans l'affaire *West Kootenay*, on a jugé qu'une estimation raisonnable du montant gagné à la fin de l'exercice est suffisamment déterminable pour être une somme à recevoir, mais cette affaire traitait de la vente de marchandises, alors que la modification de 1983 établit une exception expresse à l'égard de la fourniture de services. Cette nouvelle disposition déterminative, a-t-on prétendu, doit donc être décisive lorsqu'il s'agit de déterminer si une somme due en contrepartie de services de télécommunications est une somme à recevoir pour les fins de la règle générale; en d'autres termes, les sommes se rapportant à toute fourniture de services devraient, d'une manière décisive, être présumées ne pas être des sommes à recevoir pour les fins de l'alinéa 12(1)(b). Le paragraphe 12(2) ne peut être interprété de façon à déjouer l'intention manifeste de l'alinéa 12(1)(b), compte tenu, particulièrement, que celui-ci a été adopté bien avant la modification de 1983.

À mon avis, comme l'intimée le prétend, on ne peut accepter une telle interprétation sans d'abord situer l'alinéa 12(1)(b), avec la modification apportée, dans le cadre de la Loi.

Selon l'article 9, qui en précise le sens, le revenu pour une année est le bénéfice pour cette année. On a

with profit for a year. It was common ground that the purpose of section 12 of the Act was only to specify what should be included in income, but there was no agreement between the parties as to whether exclusions from income were created in the course of the delineating of inclusions in subsection 12(1).^a

In my view, the statutory language and structure support the respondent's position. That is particularly true of subsection 12(2), which explains that the purpose of subsection 12(1) is only to provide greater certainty, obviously by specifying with more exactitude what is to be included in income, and which clearly forbids any construction that would have the effect of excluding income that would otherwise be included. This interpretation is also confirmed by subsection 12(1) itself, which begins with the words "there shall be included in computing the income of a taxpayer for a taxation year . . ." [Emphasis added].^d

In my opinion, subsection 12(1) operates so as to expand subsection 9(1)'s ambit of inclusion. Obviously, at the boundary line of inclusion there may logically be some exclusions, but the joint thrust of section 9 and subsection 12(1) is to include, not exclude, and subsection 12(2) has the effect of ensuring, at the very least, that nothing clearly included in section 9 is henceforth excluded.^f

This interpretation is, I believe, supported by the only extrinsic evidence available.¹ The technical note accompanying the 1983 amendment reads as follows:^g

1982 TN—Paragraph 12(1)(b) of the Act requires any amount receivable in respect of property sold or services rendered in the course of a business in a year to be included in that year's income. This paragraph is amended to add a provision that treats an amount as having become receivable for services performed on the day the account would have been rendered had there been no undue delay in rendering the account for the services. This rule, which previously applied only to services ren-^h

¹ In the case at bar, unlike in this Court's recent decision in *British Columbia Telephone Co. v. Canada*, decided January 17, 1992 (A-390-91, Walsh D.J., not yet reported), the extrinsic evidence supports the intrinsic, but in any event greater weight should be given to the latter.

reconnu que l'objet de l'article 12 de la Loi ne consiste qu'à préciser ce qui doit être inclus dans le calcul du revenu, mais les parties diffèrent sur la question de savoir si, en précisant les éléments à inclure, au paragraphe 12(1), on en a exclu d'autres.

À mon avis, le libellé et la structure de la disposition appuient la position de l'intimée. Cela est particulièrement vrai du paragraphe 12(2) qui établit que le paragraphe 12(1) n'a été édicté que pour apporter plus de précision, manifestement en prévoyant avec plus d'exactitude ce qui doit être inclus dans le revenu, et qui interdit clairement toute interprétation qui aurait pour effet de soustraire du revenu ce qui devrait normalement en faire partie. Cette interprétation est également confirmée par le paragraphe 12(1) lui-même dont voici le début: «Sont à inclure dans le calcul du revenu tiré par un contribuable . . . au cours d'une année d'imposition . . . » [Soulignements ajoutés].^b

Je suis d'avis que le paragraphe 12(1) a pour effet d'élargir la portée de l'inclusion du paragraphe 9(1). De toute évidence, à la ligne de démarcation de l'inclusion, il peut logiquement exister certaines exclusions, mais l'effet commun de l'article 9 et du paragraphe 12(1) est d'inclure et non d'exclure, et le paragraphe 12(2) fait en sorte, à tout le moins, que rien de ce qui est manifestement inclus à l'article 9 ne soit désormais exclu.^e

Cette interprétation est, à mon avis, appuyée par la seule preuve extrinsèque offerte¹. La note technique accompagnant la modification de 1983 est ainsi libellée:^g

1982 NT—Selon l'alinéa 12(1)(b), toute somme à recevoir aux titres de biens vendus ou de services rendus dans l'année dans le cadre d'une entreprise doit être incluse dans le revenu de l'année visée. Cette disposition est modifiée par l'adjonction d'une clause selon laquelle une somme est réputée être devenue à recevoir, aux titres de services fournis, le jour où le compte aurait été remis s'il n'y avait pas eu de retard indu dans la remise du compte pour ces services. Cette règle, qui ne s'ap-ⁱ

¹ En l'espèce, contrairement à la récente décision de cette Cour dans l'affaire *British Columbia Telephone Co. c. Canada*, rendue le 17 janvier 1992 (A-390-91, juge suppléant Walsh, encore inédit), la preuve extrinsèque appuie la preuve intrinsèque, mais de toute façon, on devrait donner plus de poids à la seconde.

dered in the course of a professional business under section 34 of the Act, has been expanded to apply to all services.

Not only is there no suggestion in the note of such a major change in the law as would completely exempt all services from the application of the earned method of computation, but the emphasis of the note is entirely upon subparagraph 12(1)(b)(ii), relating to an imputed billing date where there is undue delay. This suggests to me that the principal intention of the amendment was to prevent undue extension of billing times in rendering accounts for services rather than to establish any exclusion from income.

From the time of the decision in *Ken Steeves Sales Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1955] Ex.C.R. 108, it has been clear that receivables are included in income under section 9. In *Silverman, Harry v. Minister of National Revenue*, [1961] Ex.C.R. 19, at page 23, Thurlow J., as he then was, said:

[S]ince what is declared to be the income from a business is the profit therefrom for the year, the method adopted must be one which accurately reflects the result of the year's operations, and where two different methods, either of which may be acceptable for business purposes, differ in their results, for income tax purposes the appropriate method is that which most accurately shows the profit from the year's operations.

In this light the factual finding by the Trial Judge that the earned method gives a truer picture of the taxpayer's income therefore assumes capital importance, and leads immediately to her conclusion (at page 32):

The earned but unbilled revenues of the taxpayer at year end are brought into income pursuant to subsection 9(1) of the Act and there is no need to rely upon paragraph 12(1)(b) for this purpose. They were being accounted for by the taxpayer under subsection 9(1) prior to 1984 and they should equally be accounted for, pursuant to that subsection, after that date. . . . The 198[3] amendment was not intended to allow or require taxpayers to change their method of accounting for profit from the earned to the billed method and thereby accomplish a significant deferral of taxes. It seems clear the amendment's purpose was entirely the opposite. It was intended to require taxpayers who report on a billed method, when there is undue

pliquait auparavant qu'aux services rendus dans le cadre d'une entreprise qui était une profession libérale en vertu de l'article 34 de la Loi, a été étendue à tous les services.

Non seulement rien dans la note ne laisse entendre un changement aussi capital dans la Loi, qui aurait pour effet de soustraire tous les services à l'application de la méthode du montant gagné, mais elle met entièrement l'accent sur le sous-alinéa 12(1)(b)(ii) qui traite de la date de facturation présumée lorsqu'il y a un retard indu. Cela me donne à entendre que la modification visait principalement à empêcher une prolongation indue des délais de facturation dans la remise des comptes pour services rendus plutôt qu'à établir une exclusion à l'égard du revenu.

Depuis la décision rendue dans l'affaire *Ken Steeves Sales Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1955] R.C.É. 108, il est évident que les sommes à recevoir doivent être incluses dans le calcul du revenu en vertu de l'article 9. Dans l'arrêt *Silverman, Harry v. Minister of National Revenue*, [1961] R.C.É. 19, à la page 23, le juge Thurlow, tel était alors son titre, a dit:

[TRADUCTION] Puisqu'il est établi que le revenu tiré d'une entreprise est le bénéfice que le contribuable en tire pour cette année, la méthode adoptée doit refléter fidèlement le résultat des activités de l'année, et lorsque deux méthodes différentes, acceptables pour les fins de l'entreprise, entraînent des résultats différents, la méthode appropriée aux fins de l'impôt est celle qui traduit le plus fidèlement le bénéfice tiré dans l'année grâce aux activités de l'entreprise.

À cet égard, la conclusion de fait du juge de première instance selon laquelle la méthode du montant gagné donne une image plus fidèle du revenu du contribuable revêt par conséquent une importance capitale, et elle mène directement à la conclusion suivante (à la page 32):

Les revenus gagnés mais non facturés du contribuable à la fin de l'exercice sont assimilés à son revenu en vertu du paragraphe 9(1) de la Loi, et il n'est pas nécessaire d'invoquer l'alinéa 12(1)(b) à cet égard. Ce revenu était comptabilisé par le contribuable en application du paragraphe 9(1) avant 1984 et il devrait également l'être après cette date. . . . La modification de 198[3] n'avait pas pour objet de permettre aux contribuables de changer leur méthode de comptabilisation des bénéfices, ni de les y obliger, afin de passer de la méthode du montant gagné à la méthode du montant facturé et de réaliser ainsi un report de l'impôt considérable. Il semble évident que la modification avait un but tout à fait opposé; elle était censée

delay in billing, to account for the income which has not yet been billed.

I am in full agreement with her conclusion. The purpose of paragraph 12(1)(b) is to ensure that income from a business is computed on the accrual basis, not a cash basis, with certain specified exceptions. It applies in cases where profit is not otherwise required to be computed on the accrual basis. In the present case, it has no application, because of the Trial Judge's factual finding that the earned method was the appropriate accounting method for this taxpayer. The appellant's earned revenues to the end of each taxation year were receivables in law, and therefore income for the ending year. As I pointed out in *West Kootenay*, *supra* at page 744, footnote 1, the case at bar is a weaker case for the taxpayer than that of the taxpayer in *West Kootenay*, because the appellant's records indicate the exact times at which its services were rendered, making the amounts more readily quantifiable at year-end. The receivables already being recognized as profit under subsection 9(1), subsection 12(2) requires that that status be maintained.

The appeal must therefore be dismissed with costs.

HEALD J.A.: I concur.

LINDEN J.A.: I agree.

obliger les contribuables qui emploient la méthode du montant facturé aux fins de leur déclaration, à comptabiliser le revenu non facturé, lorsque la facturation fait l'objet d'un retard indu.

Je souscris entièrement à sa conclusion. L'alinéa 12(1)(b) a pour objet de faire en sorte que le revenu tiré d'une entreprise soit calculé, avec certaines exceptions précises, selon la méthode de la comptabilité d'exercice, et non pas selon celle de la comptabilité de caisse. Il s'applique dans les cas où le bénéfice n'a pas, par ailleurs, à être calculé selon la méthode de la comptabilité d'exercice. En l'espèce, il ne s'applique pas en raison de la conclusion de fait du juge de première instance selon laquelle la méthode du montant gagné était la méthode de comptabilité appropriée pour le contribuable en l'espèce. Les revenus gagnés par l'appelante à la fin de chaque année d'imposition étaient des sommes à recevoir en droit et elles constituaient par conséquent un revenu à la fin de l'exercice. Comme j'ai souligné dans l'arrêt *West Kootenay*, précité, à la page 744, 1^{re} note en bas de la page, les faits de la présente affaire ne sont pas aussi favorables au contribuable que ceux de l'affaire *West Kootenay*, puisque les registres de l'appelante indiquent la date exacte à laquelle les services ont été fournis, rendant ainsi les sommes plus facilement déterminables à la fin de l'exercice. Les sommes à recevoir étant déjà reconnues comme un bénéfice en vertu du paragraphe 9(1), cette position doit être maintenue en vertu du paragraphe 12(2).

L'appel doit par conséquent être rejeté avec dépens.

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

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

Yee Chuen Choi (*Appellant*)

A-851-90

v.

The Minister of Employment and Immigration and the Secretary of State for External Affairs
(*Respondents*)

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

Court of Appeal, Mahoney, MacGuigan and Linden J.J.A.—Toronto, December 9; Ottawa, December 13, 1991.

Immigration — Pratique — Permanent resident applicant given pre-application questionnaire (PAQ), not told of right to make formal application immediately — Assessment points for occupational category reduced between completing PAQ and filing formal application — Whether duty of fairness requires informing prospective immigrants of alternatives — Time at which assessment points vest — Only date of application not arbitrary — Date of application only date within control of applicant — Immigration authorities having obligation to furnish basic information about methods of application and to provide requisite forms.

This was an appeal from a Trial Division decision dismissing an application for *certiorari* and *mandamus* against a visa officer's refusal of an application for permanent residency in Canada.

On October 13, 1987, the appellant inquired, at the Commission for Canada in Hong Kong, about the means of applying for permanent residence as an independent immigrant. He was given a pre-application questionnaire (PAQ) to fill out. He was not told that he could make a formal application immediately. He returned the completed questionnaire on October 16, 1987 and, on October 28, was notified that his prospects of success were excellent and was invited to submit a formal application, along with the processing fee of \$125. The appellant submitted the application and fee on November 6, 1987. In the interval, on November 2, 1987, the respondent had changed the units of assessment for occupational demand for persons in the appellant's line of work from 10 to 1, with the effect that, instead of earning acceptance with 74 points (the threshold being 70) he was rejected with 65. At that time, the practice was to apply the rules prevailing as of the moment the application was "paper screened" by an officer. It was departmental policy not to mention to potential applicants that the PAQ could be dispensed with if they preferred to make an immediate application.

Yee Chuen Choi (*appellant*)

A-851-90

c.

Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration et le Secrétaire d'État aux Affaires Extérieures
(*intimés*)

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

Cour d'appel, juges Mahoney, MacGuigan et Linden, J.C.A.—Toronto, 9 décembre; Ottawa, 13 décembre 1991.

Immigration — Pratique — Le demandeur de résidence permanente a reçu un questionnaire de pré-demande (QPD) sans être avisé de son droit de présenter sur le champ une demande officielle — Ses points d'appréciation correspondant à ses compétences ont été réduits entre le moment où il a rempli le QPD et celui où il a fait une demande officielle — L'obligation d'équité exige-t-elle que les immigrants éventuels soient informés des différentes possibilités? — Moment où les points d'appréciation sont gelés — Seule la date de la demande n'est pas arbitraire — Elle est la seule date qui dépend de la volonté du demandeur — Les autorités de l'immigration sont tenues de fournir les renseignements fondamentaux sur les façons de faire une demande, et de rendre disponibles les formules appropriées.

Il s'agit d'un appel d'une décision de la Section de première instance qui rejetait une demande de brevets de *certiorari* et de *mandamus* à l'égard du rejet par un agent des visas d'une demande de résidence permanente au Canada.

Le 13 octobre 1987, l'appelant s'est enquis au Commissariat du Canada à Hong Kong de la façon de demander la résidence permanente en qualité d'immigrant indépendant. On lui a donné à remplir un questionnaire de pré-demande (QPD), sans l'aviser qu'il pouvait présenter sur le champ une demande officielle. Le 16 octobre 1987, il a retourné le questionnaire qu'il avait rempli et, le 28 octobre, il a été avisé que ses chances de succès étaient excellentes et on l'a invité à présenter une demande officielle, accompagnée des droits de traitement requis de 125 \$. L'appelant a adressé sa demande et les droits requis le 6 novembre 1987. Dans l'intervalle, le 2 novembre 1987, l'intimé a réduit de 10 à une unité les points d'appréciation correspondant aux compétences des personnes exerçant la profession de l'appelant, de sorte qu'au lieu de se mériter l'admissibilité avec 74 points (il en fallait au moins 70), l'appelant n'en avait plus que 65 et a été refusé. A l'époque, la pratique était d'appliquer les règles en vigueur au moment de la date de la sélection sur dossier. La politique ministérielle était de ne pas aviser les demandeurs qu'ils pouvaient se dispenser de remplir le QPD s'ils préféraient faire sur le champ une demande.

Held, the appeal should be allowed.

In *Wong v. Minister of Employment and Immigration* this Court held that an application takes effect when made, not when it is paper screened. To use the date at which the file is handled by a particular official would subject the rights of the applicant to the vagaries of the administrative process. The date of application is the only date within the control of the applicant and, therefore, is the only date which can be established without arbitrariness. On June 3, 1988, the Department itself adopted a policy of locking in assessment points when the application is made; but, in law, the date for occupational assessment has always rightly been the date of application. Although prospective immigrants who use the PAQ get an evaluation of their prospects of acceptance without having to pay an application fee, it is for the applicant to make his own decision as to what best serves his interests. The immigration authorities have an obligation in fairness to provide basic information upon which to make that decision, and to make available the requisite forms.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2.
Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

REVERSED:

Choi v. Canada (Minister of Employment & Immigration) (1990), 11 Imm. L.R. (2d) 303 (F.C.T.D.).

APPLIED:

Wong v. Minister of Employment and Immigration (1986), 64 N.R. 309 (F.C.A.).

CONSIDERED:

Minister of Manpower and Immigration v. Tsiafakis, [1977] 2 F.C. 216; (1977), 73 D.L.R. (3d) 139 (C.A.).

COUNSEL:

Cecil L. Rotenberg, Q.C. for appellant.
Urszula Kaczmarczyk for respondents.

SOLICITORS:

Rotenberg & Martinello, Toronto, for appellant.

Deputy Attorney General of Canada for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

Arrêt: l'appel devrait être accueilli.

Dans l'arrêt *Wong c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, cette Cour a conclu qu'une demande prend effet au moment où elle est faite et non au moment de la sélection sur dossier. Se servir de cette dernière date, ce serait assujettir les droits du demandeur aux caprices du processus administratif. La date de la demande est la seule date qui dépend de la volonté du demandeur et, par conséquent, elle est la seule date qui peut être établie de façon non arbitraire. Le 3 juin 1988, le Ministère lui-même a décidé de prendre pour date de référence à l'égard des points d'appréciation la date de la demande; mais, en droit, la date de référence à l'égard des points d'appréciation a toujours été à bon droit la date de la demande. Bien que les immigrants éventuels qui recourent au QPD obtiennent une appréciation de leurs chances de succès sans qu'il leur en coûte rien, c'est au demandeur de décider de la méthode qui sert le mieux ses intérêts. Les autorités de l'immigration sont tenues en toute équité de fournir les renseignements fondamentaux nécessaires à cette décision, et de rendre disponibles les formules appropriées.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. 1-2.
Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172.

JURISPRUDENCE

DÉCISION INFIRMÉE:

Choi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1990), 11 Imm. L.R. (2d) 303 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISION APPLIQUÉE:

Wong c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (1986), 64 N.R. 309 (C.A.F.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration c. Tsiafakis, [1977] 2 C.F. 216; (1977), 73 D.L.R. (3d) 139 (C.A.).

AVOCATS:

Cecil L. Rotenberg, c.r., pour l'appellant.
Urszula Kaczmarczyk pour les intimés.

PROCUREURS:

Rotenberg & Martinello, Toronto, pour l'appellant.

Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

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

MACGUIGAN J.A.: This is an appeal from a decision [(1990), 11 Imm. L.R. (2d) 303] of the Trial Division on September 27, 1990, denying *certiorari* and *mandamus* with respect to the refusal, by a visa officer at the Canadian Commission in Hong Kong, of the appellant's application to be a permanent resident of Canada.

When the appellant inquired how to apply for permanent residence as an independent immigrant to Canada, at the Canadian Commission in Hong Kong on October 13, 1987, he was provided with a pre-application questionnaire (a "PAQ") to fill out, but was not told that he could make a formal application immediately, if he so wished (and he was not so well-informed as to request one).

Three days later, on October 16, 1987, he returned the completed PAQ. On October 28, 1987, he received the PAQ back, with the information that he had received a positive assessment, that his prospects for successful establishment were favourable, and that, to apply, he should now complete the enclosed formal application. He returned the completed application form (an "IMM8") with the required fee of \$125, on November 6, 1987.

At the time of the assessment of his PAQ, the occupational demand for his skills, as computed in Canada under the authority of the Minister of Employment and Immigration, was 10 units of assessment. Effective November 2, 1987, however, the demand was reduced to 1 unit. He ultimately obtained 65 units, including the 1 unit for occupational demand, against a requirement of a total of 70 for issuance of a visa. With the earlier occupational demand figure, which was in effect in October, 1987, he would have obtained 74, and have therefore qualified.

The appellant contended that where an applicant for immigration has certain duties imposed upon him by the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 ("the Act"), and the *Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172, as amended ("the Regulations"), there is a corresponding duty of fairness in all procedures

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: Il s'agit d'un appel interjeté contre la décision en date du 27 septembre 1990 [(1990), 11 Imm. L.R. (2d) 303] par laquelle la Section de première instance refusait de décerner des brefs de *certiorari* et de *mandamus* à l'égard du rejet, par un agent des visas au Commissariat du Canada à Hong Kong, de la demande de résidence permanente au Canada de l'appelant.

Lorsque l'appelant s'est enquis au Commissariat du Canada à Hong Kong le 13 octobre 1987, de la façon de demander la résidence permanente au Canada en qualité d'immigrant indépendant, on lui a donné à remplir un questionnaire de pré-demande appelé un QPD, sans toutefois l'aviser qu'il pouvait présenter sur le champ une demande officielle s'il le souhaitait (et il n'était pas suffisamment renseigné pour demander à la faire).

Trois jours plus tard, le 16 octobre 1987, il a retourné le QPD qu'il avait rempli. Le 28 octobre 1987, on lui adressait le QPD en question, en l'avisant qu'il avait reçu une appréciation favorable, que ses chances de s'établir avec succès au Canada étaient bonnes et que, pour faire une demande, il devait maintenant remplir le formulaire officiel qui était joint. Le 6 novembre 1987, il a donc adressé le formulaire rempli (le formulaire «IMM8») accompagné des droits requis de 125 \$.

Au moment de l'appréciation de son QPD la demande à l'égard de ses compétences, calculée au Canada sous l'autorité du ministre de l'Emploi et de l'Immigration, correspondait à 10 points d'appréciation. Cependant, à partir du 2 novembre 1987, les points correspondant à la demande en question ont été réduits à une unité. Il a, en fin de compte, obtenu 65 points, y compris le point pour la demande dans sa profession, alors qu'il fallait 70 points pour obtenir un visa. Si on revient aux chiffres antérieurs attribués à ses compétences, qui étaient applicables en octobre 1987, l'appelant aurait obtenu 74 points, et il aurait par conséquent été admissible.

L'appelant a avancé que si la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2 («la Loi»), et le *Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172 et ses modifications («le Règlement») imposent bien certaines obligations à celui qui veut immigrer, il existe un devoir correspondant d'équité dans toutes les pro-

undertaken by the immigration authorities, particularly since the immigration system is a time-related one in which juridical rights flow from an application, especially where monies are collected as a processing fee.

The Motions Judge delivered careful and comprehensive reasons for refusing the motion before him, the most relevant portion being as follows (at pages 316-317):

In regard to the first two of the concerns about fairness raised by counsel for the applicant, it is my view that no duty of fairness to the applicant was breached by responding to the applicant's initial enquiry on October 13 in providing him with the PAQ form. It is suggested that "imposing on him a non regulatory system . . . had the effect of deflecting the applicant from filing his application in a timely way". That effect is based on two assumptions which are merely speculative in my view. The first is that the applicant, if he had been given an application form at his initial inquiry on October 13, would have returned it completed with the required fee before the change in units for demand for his occupation on November 2. While in an affidavit of March 1, 1990, Choi avers that he would have so done, that is said with the benefit of hindsight. The second assumption, in my view, is perhaps more telling, that is, that the applicant could have anticipated in the fall of 1987 when he applied, that in June 1988 the Minister would vary the practice of the "lock-in" date for assessing occupational demand, to the date of receipt of the application form (IMM8), completed and with payment of the fee. At the time of Choi's enquiry, of his application and of the paper screening of the application in April 1988, prevailing practice was that the effective date for assessing occupational demand was the date of paper screening. Even if the applicant could be presumed to be aware of the procedure to be followed in assessing his application, at the time he enquired or when he submitted his PAQ form or his formal application, he simply could not have anticipated that units of assessment for occupational demand would be assessed at any other date than when his application was assessed in a preliminary way by paper screening before a decision would be made whether or not he should be interviewed.

I have already indicated my view that staff of the Commission at the Hong Kong office owed no duty to the applicant, in response to his initial inquiry, to provide him with an application form (IMM8) or to inform him of an option to obtain one rather than a PAQ form. The evidence is clear that he did not ask for an application form, and that had he done so one would have been provided to him. It is unfortunate if, in responding to his inquiry "as to the procedure for applying for permanent residence in Canada", he was advised by the receptionist that "in order to be allowed to apply for permanent residence . . . I

cédures engagées par les autorités de l'immigration, d'autant plus que le système de l'immigration repose sur le facteur temps et que des droits découlent des demandes, particulièrement lorsque le traitement de ces dernières est tarifé.

Le juge des requêtes a rendu des motifs prudents et complets pour expliquer le rejet de la requête dont il était saisi; en voici les parties les plus pertinentes (aux pages 316 et 317):

En ce qui a trait aux deux premières questions que l'avocat du requérant a soulevées au sujet de l'équité, j'estime qu'on n'a violé aucun devoir d'équité envers le requérant lorsqu'on lui a remis le formulaire QPD au moment de sa première demande de renseignements le 13 octobre. On soutient que les intimés «lui ont imposé un système non prévu par le Règlement, lequel système a eu pour effet de l'empêcher de déposer sa demande en temps voulu». Cet argument est fondé sur deux hypothèses qui, à mon avis, ne sont que des suppositions. Selon la première, si le requérant avait reçu un formulaire de demande lorsqu'il a demandé des renseignements pour la première fois le 13 octobre, il l'aurait rempli et retourné avec les droits prescrits avant la modification apportée le 2 novembre au nombre de points pour la demande dans sa profession. Même si c'est ce qu'il prétend dans un affidavit en date du 1^{er} mars 1990, il le dit rétrospectivement. Selon la deuxième hypothèse qui, à mon avis, est peut-être plus valable, le requérant aurait pu prévoir à l'automne de 1987, au moment de sa demande, que le ministre modifierait en juin 1988 la date «de référence» utilisée pour évaluer le critère de la demande dans la profession et que cette date serait désormais la date de réception du formulaire de demande (IMM8) rempli et des droits prescrits. Lorsque Choi a demandé des renseignements pour la première fois, qu'il a présenté sa demande et que celle-ci a été évaluée en avril 1988 lors de la sélection sur dossier, la «date de référence» pour l'évaluation du critère de la demande dans la profession était la date de la sélection sur dossier. Même si l'on pouvait présumer que le requérant était au courant de la procédure qui serait suivie dans le traitement de sa demande, lorsqu'il a demandé des renseignements et qu'il a remis son QPD ou sa demande officielle, il ne pouvait tout simplement pas prévoir que les points d'appréciation se rapportant à la demande dans la profession seraient déterminés à une date autre que la date de l'évaluation préliminaire de sa demande lors de la sélection sur dossier aux fins d'une entrevue, le cas échéant.

J'ai déjà dit que, à mon avis, le personnel du Commissariat au bureau de Hong Kong n'était nullement tenu, en réponse à la demande de renseignements du requérant, de lui remettre un formulaire de demande (IMM8) ou de l'aviser de la possibilité d'obtenir ce formulaire plutôt qu'un QPD. La preuve indique clairement qu'il n'a pas demandé de formulaire de demande et que, s'il l'avait fait, il en aurait obtenu un. Il est malheureux que, lorsqu'il a demandé des renseignements [TRADUCTION] «sur la procédure à suivre pour demander le statut de résident permanent du Canada», la réceptionniste lui ait dit que [TRA-

would have to complete a questionnaire" [sic]... (the PAQ form). (Quotations from Choi affidavit of March 1, 1990.) That was not consistent with departmental policy. The evidence does not support a conclusion that Choi was denied an application form at the time of his initial inquiry.

Because it was only as of June 3, 1988, that occupational units of assessment were "locked in" as of the date of receipt of the application rather than as (until then) of the date of paper screening, at the time of the appellant's application it was not foreseeable that the new demand units scale implemented on November 2, 1987, would be the basis on which his application would be ultimately judged. Thus, as matters appeared to the learned Motions Judge, there was a lack of any foreseeable consequence as to timing that led him to reject the application of the duty of fairness since the appellant had suffered no foreseeable ill effect.

But a new argument, one not raised before the Motions Judge, emerged in the course of argument before this Court. In *Wong v. Minister of Employment and Immigration* (1986), 64 N.R. 309, at page 311, this Court held (*per* Mahoney J.A.) "that an application for an immigrant visa is made when it duly initiates the process leading to the issue or refusal of the visa and not only when that processing is committed to the particular official authorized to dispose of the application." Any other date except the date of application would be purely arbitrary as a "lock-in" date for the occupational demand factor, depending solely on the vagaries of the administrative process. The application date is the only date within the control of the applicant, and is consequently the only date that can be established without arbitrariness.

In fact, the major element in bringing about the change in the "lock-in" date of the occupational demand factor on June 3, 1988, seems to have been the Department's awareness of the legal vulnerability of the previous arrangement. This is revealed by the unclassified telex in which that instruction was sent

DUCTION] «pour pouvoir demander le statut de résident permanent, je devais remplir un questionnaire» [sic] (le formulaire QPD). (Extraits de l'affidavit de Choi en date du 1^{er} mars 1990.) Cette réponse n'était pas conforme à la politique ministérielle. La preuve ne permet pas de dire qu'on a refusé de remettre à Choi un formulaire de demande lorsqu'il s'est présenté pour la première fois au bureau.

Parce que ce n'est que le 3 juin 1988 que les points d'appréciation ont été «gelés» à compter de la date de réception de la demande plutôt qu'à compter (comme c'était le cas jusqu'alors) de la date de la sélection sur dossier, au moment où l'appelant a fait sa demande, on ne pouvait prévoir que la nouvelle échelle de points d'appréciation entrée en vigueur le 2 novembre 1987 serait le fondement sur lequel reposerait finalement la demande de l'appelant. Ainsi donc, il a semblé au juge des requêtes qu'il y avait absence de toute conséquence prévisible à l'égard du temps écoulé, ce qui l'a conduit à écarter l'obligation d'équité puisque l'appelant n'avait subi aucun préjudice prévisible.

Mais un nouvel argument, qui n'a pas été soulevé devant le juge des requêtes, a pris corps au cours de la plaidoirie devant cette Cour. Dans l'arrêt *Wong c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1986), 64 N.R. 309, à la page 311, cette Cour a conclu (voir les motifs du juge Mahoney, J.C.A.) «qu'une demande de visa d'immigrant est présentée à partir du moment où est engagé en bonne et due forme le processus aboutissant à la délivrance du visa ou au refus de le délivrer et non pas seulement lorsque le dossier est confié au fonctionnaire particulier qui est autorisé à se prononcer sur la demande». Toute autre date que celle de la demande serait purement arbitraire comme date «de référence» à l'égard de la demande afférente aux compétences en cause, dépendant uniquement des caprices du processus administratif. La date de la demande est la seule date qui dépend de la volonté du demandeur, et elle est par conséquent la seule date qui peut être établie de façon non arbitraire.

De fait, la modification de la date «de référence» de la demande afférente aux compétences le 3 juin 1988 semble tenir principalement à la conscience qu'avait le Ministère de la vulnérabilité juridique des anciennes dispositions. On s'en rend compte à la lecture du télex non confidentiel dans lequel cette direc-

out to parts around the world, which reads as follows (Appeal Book I, at page 111):

— OCCUPATIONAL FACTOR-DATE OF QUOTE LOCK-IN UNQUOTE

1. CURRENT INSTRUCTIONS REQUIRE POSTS ABROAD TO USE DATE OF PAPER SCREENING AS THE POINT AT WHICH OCCUPATIONAL FACTOR IS CONSIDERED QUOTE LOCKED-IN UNQUOTE THROUGH TO FINAL DISPOSITION. THIS PROCEDURE HAS BEEN CHALLENGED ON GROUNDS OF PROCEDURAL FAIRNESS AS IT DISADVANTAGES APPLICANTS CAUGHT IN PAPER SCREENING BACKLOG WHEN OCCUPATIONAL FACTOR IS DECREASED. COST RECOVERY ADDS FURTHER DIMENSION AS PROCESSING FEE IS PAID ON RECEIPT OF APPLICATION AND NO/NO REFUND IS PERMITTED EVEN WHEN REFUSAL RESULTS FROM SUBSEQUENT DECREASE IN OCCUPATIONAL FACTOR.

2. IN CONSULTATION WITH CEIC IT HAS BEEN AGREED THAT, EFFECTIVE IMMEDIATELY, OCCUPATIONAL UNITS OF ASSESSMENT ARE TO BE QUOTE LOCKED-IN UNQUOTE AS OF DATE OF RECEIPT OF APPLICATION. THIS INSTRUCTION APPLIES TO ALL APPLICATIONS RECEIVED HENCEFORTH AS WELL AS THOSE CURRENTLY IN BACKLOG AWAITING PAPER SCREENING.

In light of *Wong*, I must give effect to this new argument presented by the appellant that the “lock-in” date for occupational assessment has always rightly been the date of the receipt, by the Department, of the application. As a result, the difference in effective dates, as between October 16 and November 6, 1987, changes from being consequence-free to being consequence-laden, and I must therefore re-examine the events surrounding the initial visit of the appellant to the Hong Kong office and the departmental practices at that time.

It seems to be true, as the Motions Judge pointed out, that the receptionist’s advice to the appellant that “in order to be allowed to apply for permanent residence . . . [he] would have to complete a questionnaire” (Appeal Book I, at page 58) was “not consistent with departmental policy” (Appeal Book II, at page 285), but that does not advance the respondent’s case very much. It is an irresistible conclusion from the evidence¹ that departmental policy was to with-

tive a été expédiée à diverses destinations autour du monde, et qui est libellé comme suit (Dossier d’appel, à la page 111):

[TRADUCTION] — FACTEUR DE LA DEMANDE-DATE OUVRIR LES GUILLEMETS DE RÉFÉRENCE FERMER LES GUILLEMETS

1. SELON LES DIRECTIVES ACTUELLES LES POSTES À L’ÉTRANGER DOIVENT UTILISER LA DATE DE LA SÉLECTION SUR DOSSIER COMME ÉTANT CELLE OÙ LA DEMANDE AFFÉRENTE AUX COMPÉTENCES EST CONSIDÉRÉE OUVRIR LES GUILLEMETS GELÉE FERMER LES GUILLEMETS JUSQU’À LA DÉCISION FINALE. CETTE MÉTHODE A ÉTÉ CONTESTÉE AU PLAN DE L’ÉQUITÉ DANS LA PROCÉDURE COMME ELLE DESERT LES DEMANDEURS PRIS DANS L’ARRIÉRÉ DES SÉLECTIONS SUR DOSSIER LORSQU’IL Y A BAISSÉ DES POINTS D’APPRÉCIATION. LE RECOUVREMENT DES COÛTS AJOUTE UNE AUTRE FACETTE PUISQUE DES DROITS DE TRAITEMENT SONT VERSÉS SUR RÉCEPTION DE LA DEMANDE ET QU’AUCUN REMBOURSEMENT N’EST PERMIS MÊME EN CAS DE REJET CONSÉCUTIF À UNE BAISSÉ SUBSÉQUENTE DES POINTS D’APPRÉCIATION.

2. DE CONCERT AVEC LA CEIC ON A CONVENU QU’À PARTIR DE MAINTENANT, LES POINTS D’APPRÉCIATION SONT OUVRIR LES GUILLEMETS GELÉS FERMER LES GUILLEMETS À COMPTER DE LA DATE DE RÉCEPTION DE LA DEMANDE. CETTE DIRECTIVE S’APPLIQUE À TOUTES LES DEMANDES REÇUES À L’AVENIR AUSSI BIEN QU’À CELLES ACTUELLEMENT DANS L’ARRIÉRÉ DES SÉLECTIONS SUR DOSSIER.

Étant donné l’arrêt *Wong*, je dois donner effet au nouvel argument de l’appelant selon lequel la date «de référence» à l’égard de l’appréciation des compétences a toujours été à bon droit la date à laquelle le Ministère a reçu la demande. Conséquemment, la différence entre les dates d’entrée en vigueur, soit entre le 16 octobre et le 6 novembre 1987, cesse d’être sans conséquence pour devenir lourde de conséquences, et je dois donc examiner de nouveau les événements propres à la visite initiale de l’appelant au bureau de Hong Kong et les pratiques ministérielles à cette époque.

Il semble vrai, comme l’a souligné le juge des requêtes, que le conseil donné à l’appelant par la réceptionniste, selon lequel «pour pouvoir demander le statut de résident permanent, [il] devrait remplir un questionnaire» (Dossier d’appel I, à la page 58) n’était «pas conforme à la politique ministérielle» (Dossier d’appel II, à la page 285), mais cela ne sert pas beaucoup les intimés. Il ressort à l’évidence de la preuve¹ que la politique ministérielle était de ne pas

¹ *Immigration Manual*, s. 425(1)(a) and (c) at Appeal Book I, at p. 47 and II, at p. 251; Examination on affidavit of Bill Gordon, Appeal Book II, at p. 161.

¹ *Guide de l’immigration*, al. 425(1)(a) et (c) au Dossier d’appel I, à la p. 47 et II, à la p. 251; interrogatoire relatif à l’affidavit de Bill Gordon, Dossier d’appel II, à la p. 161.

hold from applicants the information that they could proceed either by way of a PAQ, or directly and immediately by a formal application. If the applicants knew enough to request an application form, they were given one. If they did not, they were dealt with cursorily by being given a PAQ, which had the purpose and effect of enormously reducing the administrative burden on the visa officers of full processing and live interviews²—doubtless a laudable objective, in itself, but not, it seems to me, when achieved at the cost of withholding relevant information from applicants.

It is true that there may be an advantage to applicants, too, in not proceeding with an application immediately. Through a PAQ, they can get a ruling on their case at no cost to themselves, since the requisite fee is submitted only with the application. But that is surely a choice that should be made by the applicants themselves, and not by the Government for them. The Government owes it to applicants, and to its own integrity, to present the full picture to applicants, so that, being in possession of the ground rules, they can make their own judgments as to how they want to proceed.

In *Minister of Manpower and Immigration v. Tsiafakis*, [1977] 2 F.C. 216, at page 224, Le Dain J. held for this Court as follows:

[A] person who seeks to sponsor someone for admission to Canada has a right to make an application for his admission in the prescribed form and to have his right to sponsor determined upon the basis of such an application. Since such a right cannot be exercised unless the prescribed form can be obtained from the immigration authorities there is a correlative duty to provide the form.

A similar correlative duty might, perhaps, be said to exist in the case at bar,³ but, at the very least, when the Canadian Government, through its agents, undertakes to supply information to immigration applicants as to how to become immigrants, it assumes a duty to provide this information accurately. This does not

² For example, in 1989 there were 321,724 PAQ's received, whereas the number of IMM8's received and screened was only 22,010 (Appeal Book, at pp. 73 and 116).

³ The Motions Judge was, I believe, correct in inferring from the Act itself a right in claimants to apply.

aviser les demandeurs qu'ils pouvaient procéder soit en remplissant un QPD, soit directement et sur le champ en faisant une demande officielle. Les demandeurs suffisamment renseignés pour demander une formule de demande en recevaient une. Ceux qui n'en demandaient pas étaient traités de façon expéditive par la remise d'un QPD, qui avait pour but et pour effet d'alléger énormément le fardeau administratif que représentaient pour les agents des visas le traitement complet de la demande et les entrevues en personne²—assurément un objectif louable en soi mais non pas, me semble-t-il, lorsqu'on l'atteint en omettant de communiquer des renseignements pertinents aux demandeurs.

Il est vrai qu'il peut aussi être à l'avantage des demandeurs de ne pas procéder immédiatement au moyen d'une demande. En recourant au QPD, ils peuvent en effet bénéficier d'une décision sans qu'il leur en coûte rien, puisque les droits exigés ne sont remis qu'avec la demande. Mais c'est sûrement là un choix que doivent faire les demandeurs eux-mêmes, et non pas le gouvernement pour eux. Celui-ci doit aux demandeurs et à sa propre intégrité de les renseigner de façon complète, de sorte que mis au fait des règles fondamentales, ils puissent décider eux-mêmes de la façon dont ils veulent agir.

Dans l'arrêt *Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration c. Tsiafakis*, [1977] 2 C.F. 216, à la page 224, le juge Le Dain a statué comme suit au nom de cette Cour:

[U]ne personne désireuse d'en parrainer une autre en vue de l'admission de cette dernière au Canada est en droit de remplir une demande à cet effet en la forme prescrite et de voir ladite demande servir de base à l'examen de son droit de parrainer. Puisqu'à défaut d'obtenir le formulaire des autorités de l'immigration, on ne peut exercer ce droit, le devoir corrélatif de fournir ledit formulaire existe.

On pourrait peut-être dire qu'un devoir corrélatif semblable existe en l'espèce³, mais lorsque le gouvernement canadien s'engage, par l'entremise de ses agents, à fournir à ceux qui veulent immigrer des renseignements sur la façon de s'y prendre, il s'engage pour le moins à les bien renseigner. Cela ne signifie

² Par exemple, en 1989, 321,724 QPD ont été reçus, alors que le nombre des formulaires IMM8 reçus et examinés ne s'élevait qu'à 22,010 (Dossier d'appel, aux p. 73 et 116).

³ J'estime que le juge des requêtes a déduit à bon droit de la Loi elle-même le droit des demandeurs de faire une demande.

imply that Canadian authorities must provide a detailed exegesis of Canadian immigration law and procedures, or legal advice to prospective immigrants as to the legal significance of the available options, but it does mean that the immigration authorities have an obligation in fairness to provide basic information on the methods of application, and to make available the appropriate forms.

Fairness may, perhaps, require no more than the accurate presentation of information. But it surely demands that much. For governments, as for ordinary people, honesty is the best policy.

Because of the exigencies of fairness, my conclusion is therefore that the time of the appellant's application should be deemed to have been October 16, 1987, the date on which he returned his completed PAQ to the Hong Kong office, with the consequence that the units of assessment for occupational demand should be deemed to be 10 in his case.

The appeal should be allowed with costs, the decision of the visa officer refusing the appellant's application set aside, and the matter returned to a visa officer for reconsideration on the basis that the occupational demand factor for the appellant should be deemed to be 10 units of assessment.

MAHONEY J.A.: I agree.

LINDEN J.A.: I agree.

pas que les autorités canadiennes doivent faire l'exégèse détaillée de la loi et des procédures en matière d'immigration, ni fournir aux immigrants éventuels des avis juridiques sur les conséquences juridiques des choix offerts, mais il n'en reste pas moins que les autorités de l'immigration sont tenues en toute équité de fournir les renseignements fondamentaux sur les façons de faire une demande, et de rendre disponibles les formules appropriées.

L'équité peut ne rien demander de plus que la présentation exacte des renseignements, mais assurément elle exige au moins cela. Pour les gouvernements tout comme pour les particuliers, l'honnêteté est la meilleure règle à suivre.

Vu les exigences de l'équité, je conclus que la date de la demande de l'appelant doit être présumée être le 16 octobre 1987, soit la date à laquelle il a renvoyé au bureau de Hong Kong le QPD qu'il a rempli, et que par conséquent ses compétences doivent être réputées lui valoir 10 points d'appréciation.

L'appel devrait être accueilli avec dépens, la décision de l'agent des visas de rejeter la demande de l'appelant devrait être annulée, et l'affaire devrait être renvoyée à un agent des visas pour qu'il l'examine de nouveau en tenant pour acquis que la demande relative aux compétences de l'appelant devrait être réputée valoir à ce dernier 10 points d'appréciation.

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

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

T-442-90

T-442-90

Mark Donald Benner (*Applicant*)**Mark Donald Benner** (*requérant*)

v.

c.

The Secretary of State of Canada and the Registrar of Citizenship (*Respondents*)^a **Le Secrétaire d'État du Canada et le greffier de la citoyenneté** (*intimés*)*INDEXED AS: BENNER v. CANADA (SECRETARY OF STATE) (T.D.)**RÉPERTORIÉ: BENNER c. CANADA (SECRÉTAIRE D'ÉTAT) (1^{re} INST.)*^b

Trial Division, Jerome A.C.J.—Toronto, August 2 and 31, 1990; Ottawa, July 9, 1991.

Section de première instance, juge en chef adjoint Jerome—Toronto, 2 et 31 août 1990; Ottawa, 9 juillet 1991.

Citizenship — Applicant born in U.S.A. in 1962 of marriage of Canadian mother, American father — Citizenship Act then in force conferring citizenship upon child born abroad of Canadian father or, if parents unmarried, Canadian mother — Act now in force conferring automatic citizenship upon child born abroad of Canadian parent after February 14, 1977 — Persons born abroad to Canadian mother in wedlock before February 15, 1977 having to apply, meet conditions, swear oath — Whether contrary to Charter of Rights — Act, s. 22 prohibiting grant of citizenship to person charged with indictable offence or under sentence — Applicant refused citizenship pending determination of murder charge — Charter of rights not retroactive — Applying to continuing discrimination, not to discrete event occurring before entry into force — Entitlement to citizenship fixed by discrete event of birth.

^c *Citoyenneté — Le requérant est né aux É.-U. en 1962 du mariage d'une mère canadienne et d'un père américain — La Loi sur la citoyenneté alors en vigueur conférerait la citoyenneté à un enfant né à l'étranger de père canadien ou, si ses parents n'étaient pas mariés, de mère canadienne — La Loi aujourd'hui en vigueur confère automatiquement la citoyenneté à un enfant né à l'étranger d'un parent canadien après le 14 février 1977 — Les personnes nées à l'étranger du mariage d'une mère canadienne avant le 15 février 1977 doivent faire une demande, répondre à des conditions, prêter serment — Cela est-il contraire à la Charte des droits? — L'art. 22 interdit l'octroi de la citoyenneté aux personnes accusées d'un acte criminel ou purgeant une peine — La citoyenneté a été refusée au requérant en attendant qu'il soit statué sur l'accusation de meurtre portée contre lui — La Charte des droits n'a pas un effet rétroactif — Elle s'applique à une pratique discriminatoire continue et non à un incident précis et isolé ayant eu lieu avant son entrée en vigueur — Le droit à la citoyenneté dépend d'un événement précis et isolé propre à la naissance.*

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Citizenship Act conferring citizenship upon persons born abroad to Canadian parent after February 14, 1977 — Persons born abroad before February 15, 1977 to Canadian father or unwed Canadian mother entitled to citizenship — Persons born abroad to Canadian mother in wedlock before date having to apply, meet conditions, swear oath — Whether discrimination under s. 15 — Invalidity under s. 15 requiring both unequal treatment and discriminatory purpose or effect — Refusal of citizenship to person charged with indictable offence based on merit, not personal characteristics analogous to prohibited grounds of discrimination.

^d *Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — La Loi sur la citoyenneté confère la citoyenneté aux personnes nées à l'étranger d'un parent canadien après le 14 février 1977 — Les personnes nées à l'étranger avant le 15 février 1977 d'un père canadien ou d'une mère canadienne célibataire ont droit à la citoyenneté — Les personnes nées à l'étranger du mariage d'une mère canadienne avant le 15 février 1977 doivent faire une demande, respecter des conditions, prêter serment — Y a-t-il discrimination en vertu de l'art. 15? — L'invalidité en vertu de l'art. 15 exige aussi bien un traitement inégal qu'un objet ou un effet discriminatoire — Le refus de la citoyenneté aux personnes accusées d'un acte criminel se fonde sur leurs mérites et non sur des caractéristiques personnelles analogues aux motifs de distinction illicites.*

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Denial of citizenship to applicant charged with indictable offence not violation of right to be presumed innocent.

^e *Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Le refus de la citoyenneté au requérant accusé d'un acte criminel n'est pas incompatible avec son droit d'être présumé innocent.*

The applicant was born on August 29, 1962, in the United States, of the marriage of a Canadian mother and an American father. At that time, paragraph 5(1)(b) of the *Citizenship Act*

^f Le requérant est né aux États-Unis le 29 août 1962, du mariage d'une mère canadienne et d'un père américain. À cette époque, l'alinéa 5(1)(b) de la *Loi sur la citoyenneté* conférerait la

conferred citizenship upon the child, born abroad, of a Canadian father or, if the parents were not married, of a Canadian mother. In 1977, the Act was amended to include, as citizens, persons born abroad after February 14, 1977 of whom either parent was a citizen. Provision was made in paragraph 5(2)(b) for persons, like the applicant, born abroad before that date to a Canadian mother and not entitled to citizenship under the former Act, by requiring the Minister to accept their applications for citizenship. Section 22, however, prohibits the grant of citizenship under section 5 to, *inter alia*, a person who is under sentence for an offence or charged with an indictable offence. Section 20 of the Regulations requires that an applicant over 14 years of age take the oath of citizenship.

In 1987, the applicant applied for Canadian citizenship under paragraph 5(2)(b) of the *Citizenship Act*. In the course of that proceeding, the RCMP advised that the applicant appeared to be charged with murder; the applicant's counsel asked that the application be held in abeyance until the charges were dealt with. The Registrar advised that the applicant had 30 days to demonstrate that he was not prohibited from acquiring citizenship under section 22 of the Act. On October 17, 1989, the citizenship application was rejected.

The applicant seeks *certiorari* to quash that decision and *mandamus* to order the Registrar to grant citizenship, without requiring the citizenship oath, on the grounds that section 22 of the Act and section 20 of the Regulations are contrary to the Charter.

Held, the application should be dismissed.

Section 15 of the Charter does not apply to causes of action which arose before it came into force on April 17, 1985. The purpose of the three-year delay in the coming into force of section 15 was to allow governments time to meet its requirements. That purpose would be defeated by retrospective application. To determine whether the Charter applies, a court must ask whether it was in force when the allegedly infringing event took place or had its effect. Different rights and freedoms will crystallize at different times. The Charter will apply to a continuing, current violation of rights even although the violation first arose pre-Charter. Here, there is not a continuing discriminatory practice post-Charter; rather, the applicant's citizenship status was determined by and at the time of the discrete event of his birth. The section 7 rights to life, liberty and security of the person do not entail a right to citizenship. Nor does the delay imposed by section 22 of the *Citizenship Act* violate the right of an accused in criminal proceedings to be presumed innocent.

Even if the applicant's cause of action were considered to have arisen after the Charter came into force, a breach of section 15 occurs only when a distinction is made against a person which violates one of the equality rights, and that violation is discriminatory in its purpose or effect. Here, the distinction made between persons born to married parents and those born out of wedlock does deny the applicant the equal benefit of the

citoyenneté à un enfant, né à l'étranger, d'un père canadien ou, si ses parents n'étaient pas mariés, d'une mère canadienne. En 1977, la Loi a été modifiée pour accorder aussi la qualité de citoyens aux personnes nées à l'étranger après le 14 février 1977 d'un parent qui était citoyen canadien. L'alinéa 5(2)(b) prévoit le cas des personnes qui, comme le requérant, sont nées à l'étranger avant cette date d'une mère canadienne et qui n'ont pas droit à la citoyenneté en vertu de l'ancienne loi, en exigeant que le ministre accueille leur demande de citoyenneté. Toutefois l'article 22 interdit l'octroi de la citoyenneté en vertu de l'article 5 notamment à quiconque purge une peine après condamnation pour une infraction ou est accusé d'un acte criminel. L'article 20 du Règlement exige qu'un demandeur de plus de 14 ans prête le serment de citoyenneté.

En 1987, le requérant a demandé la citoyenneté canadienne conformément à l'alinéa 5(2)(b) de la *Loi sur la citoyenneté*. Dans le cadre de cette procédure, la GRC a fait savoir qu'il semblait que le requérant était accusé de meurtre; l'avocat du requérant a demandé que la demande de citoyenneté soit mise en suspens jusqu'à ce qu'il soit statué sur l'accusation. Le greffier de la citoyenneté a avisé le requérant qu'il avait 30 jours pour démontrer qu'il n'était pas inadmissible à recevoir la citoyenneté en vertu de l'article 22 de la Loi. Le 17 octobre 1989, la demande de citoyenneté a été rejetée.

Le requérant sollicite un bref de *certiorari* visant à annuler cette décision, et un bref de *mandamus* pour ordonner au greffier d'accorder la citoyenneté, sans exiger la prestation du serment de citoyenneté, au motif que l'article 22 de la Loi et l'article 20 du Règlement sont incompatibles avec la Charte.

Jugement: la demande devrait être rejetée.

L'article 15 de la Charte ne s'applique pas aux causes d'action ayant pris naissance avant le 17 avril 1985. La raison du laps de trois ans avant l'entrée en vigueur de l'article 15 était de permettre aux gouvernements de respecter ses exigences. Un effet rétroactif irait donc à l'encontre de cet objectif. Pour juger de l'applicabilité de la Charte, le tribunal doit se demander si elle était en vigueur au moment où l'événement censé la violer s'est produit ou a eu son effet. Différents droits et libertés se cristalliseront à différents moments. La Charte s'applique à une violation des droits continue et actuelle, même si la violation a pris naissance avant la Charte. En l'espèce, il n'y a pas pratique discriminatoire continue postérieure à la Charte; l'admissibilité du requérant a plutôt été déterminée par l'événement précis et isolé de sa naissance et à ce moment. Le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne garanti à l'article 7 ne comprend pas le droit à la citoyenneté. Et le délai imposé à l'article 22 de la *Loi sur la citoyenneté* ne porte pas atteinte au droit d'un accusé dans des procédures criminelles d'être présumé innocent.

Même si la cause d'action du requérant était considérée comme ayant pris naissance après l'entrée en vigueur de la Charte, il y a violation de l'article 15 seulement si la discrimination à l'égard d'une personne viole l'un des droits à l'égalité, et si elle a un objet ou un effet discriminatoire. En l'espèce, la distinction faite entre les personnes issues du mariage de leurs parents et celles qui sont nées hors des liens du mariage prive

law. Not every distinction is discriminatory, however. Governments may classify individuals and groups; applying different rules to those so classified is necessary for the governance of modern society. An unacceptable distinction is one based on personal characteristics enumerated in section 15 or one analogous to them. Distinctions based on an individual's merits and capacities will rarely be discriminatory. By the 1977 *Citizenship Act*, Parliament chose to extend preferential access to citizenship to a group previously denied such treatment. The temporal demarcation between persons born before a certain date and those born after is a distinction Parliament is competent to make, like those made in taxation and social benefits legislation. With the provision of an application procedure and oath requirement for persons in the applicant's position, Parliament drew a distinction based, not on their personal characteristics, but on their merits and capacities. There is, therefore, no discriminatory purpose or effect.

le requérant du même bénéfice de la loi. Cependant, toute distinction n'est pas discriminatoire. Les gouvernements peuvent faire la classification des individus et des groupes; l'application de règles différentes à des personnes différentes est nécessaire pour gouverner la société moderne. Une distinction inacceptable doit se rattacher à une des caractéristiques personnelles énumérées à l'article 15 ou à une caractéristique analogue aux motifs énumérés. Les distinctions fondées sur les mérites et les capacités d'un individu sont rarement discriminatoires. En adoptant la *Loi sur la citoyenneté* de 1977, le Parlement a décidé d'offrir un accès préférentiel à un groupe de personnes jusqu'alors privées de cet avantage. La ligne de démarcation entre les personnes nées avant une certaine date et celles qui sont nées après cette date relève clairement de la compétence du Parlement, et on retrouve des distinctions semblables en matière d'impôt sur le revenu et d'assurance-chômage. En imposant une procédure de demande et la prestation du serment aux personnes dans la situation du requérant, le législateur a établi une distinction fondée non sur leurs caractéristiques personnelles mais sur leurs mérites et leurs capacités. Il n'y a donc ni objectif ni effet discriminatoire.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 7, 11(d), 15(1), 24.
- Canadian Citizenship Act*, R.S.C. 1970, c. C-19, s. 5(1)(b).
- Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 3(1), 4(3), 5(2)(b), 22(2)(a).
- Citizenship Act*, S.C. 1974-75-76, c. 108, ss. 3(1), 4(3), 5(2)(b), 20(2) (as am. by S.C. 1977-78, c. 22, s. 8; 1987, c. 37, s. 13).
- Citizenship Regulations*, C.R.C., c. 400, s. 20.
- Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 214 (as am. by R.S.C. 1970, c. C-35, s. 4(1); S.C. 1973-74, c. 38, ss. 2, 10, 11; 1974-75-76, c. 105, s. 4).
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.
- Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 27(2)(f).
- Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52, s. 27(2)(f).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- In re Citizenship Act and in re Noailles*, [1985] 1 F.C. 852 (T.D.); *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 7, 11(d), 15(1), 24.
- Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 214 (mod. par. S.R.C. 1970, chap. C-35, art. 4(1); S.C. 1973-74, chap. 38, art. 2, 10, 11; 1974-75-76, chap. 105, art. 4).
- Loi sur la citoyenneté*, S.C. 1974-75-76, chap. 108, art. 3(1), 4(3), 5(2)(b), 20(2) (mod. par. S.C. 1977-78, chap. 22, art. 8; 1987, chap. 37, art. 13).
- Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), chap. C-29, art. 3(1), 4(3), 5(2)(b), 22(2)(a).
- Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.R.C. 1970, chap. C-19, art. 5(1)(b).
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18.
- Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. 1-2, art. 27(2)(f).
- Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, chap. 52, art. 27(2)(f).
- Règlement sur la citoyenneté*, C.R.C., chap. 400, art. 20.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Affaire intéressant la Loi sur la citoyenneté et Noailles*, [1985] 1 C.F. 852 (1^{re} inst.); *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R., (2d) 273; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97.

CONSIDERED:

Benner v. Minister of Employment and Immigration (1988), 93 N.R. 250 (F.C.A.); *R. v. Longtin* (1983), 41 O.R. (2d) 545; 147 D.L.R. (3d) 604; 5 C.C.C. (3d) 12; 8 C.R.R. 136 (C.A.); *R. v. James, Kirsten and Rosenthal* (1986), 55 O.R. (2d) 609; (1986), 27 C.C.C. (3d) 1; [1986] 2 C.T.C. 288; 86 D.T.C. 6432; 15 O.A.C. 319 (C.A.) affirmed *sub nom. R. v. James*, [1988] 1 S.C.R. 669; (1988), 63 O.R. (2d) 635; 40 C.C.C. (3d) 576; [1988] 2 C.T.C. 1; 88 DTC 6273; 85 N.R. 1; *R. v. Stevens*, [1988] 1 S.C.R. 1153; (1988), 41 C.C.C. (3d) 193; 64 C.R. (3d) 297; 86 N.R. 85; 28 O.A.C. 243; *Reference Re Sections 32 and 34 of the Workers' Compensation Act, (Nfld.)* (1987), 67 Nfld. & P.E.I.R. 16; 44 D.L.R. (4th) 501; 206 A.P.R. 16; 36 C.R.R. 112 (C.A.) affd [1989] 1 S.C.R. 922; (1989), 76 Nfld. & P.E.I.R. 181; 56 D.L.R. (4th) 765; 235 A.P.R. 181; 40 C.R.R. 135; 96 N.R. 227; *Davidson et al. v. Davidson* (1986), 33 D.L.R. (4th) 161; [1987] 2 W.W.R. 642; 10 B.C.L.R. (2d) 88; 26 C.C.L.I. 134 (B.C.C.A.); *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; *R. v. S. (S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254; (1990), 57 C.C.C. (3d) 115; 77 C.R. (3d) 273; 49 C.R.R. 79; 110 N.R. 321; 41 O.A.C. 81.

REFERRED TO:

Reyes v. Attorney General of Canada, [1983] 2 F.C. 125; (1983), 149 D.L.R. (3d) 748; 3 Admin. L.R. 141; 13 C.R.R. 235 (T.D.); *Orantes v. Minister of Employment and Immigration* (1990), 34 F.T.R. 184 (F.C.T.D.).

AUTHORS CITED

Driedger, Elmer A., "Statutes: Retroactive Retrospective Reflections" (1978), 56 *Can. Bar Rev.* 264.

COUNSEL:

Richard Vanderkooy for applicant.
Jaqueline Ott for respondents.

SOLICITORS:

Posthumus & Abols, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

The following are the reasons for order rendered in English by

JEROME A.C.J.: This matter came on for hearing at Toronto, Ontario on August 2 and August 31, 1990. By notice of motion dated February 14, 1990, the applicant seeks, pursuant to section 18 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7:

1. An order in the nature of *certiorari* quashing the Respondent Registrar of Canadian Citizenship's decision of October

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Benner c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (1988), 93 N.R. 250 (C.A.F.); *R. v. Longtin* (1983), 41 O.R. (2d) 545; 147 D.L.R. (3d) 604; 5 C.C.C. (3d) 12; 8 C.R.R. 136 (C.A.); *R. v. James, Kirsten and Rosenthal* (1986), 55 O.R. (2d) 609; (1986), 27 C.C.C. (3d) 1; [1986] 2 C.T.C. 288; 86 D.T.C. 6432; 15 O.A.C. 319 (C.A.) confirmée sous l'intitulé *R. c. James*, [1988] 1 R.C.S. 669; (1988), 63 O.R. (2d) 635; 40 C.C.C. (3d) 576; [1988] 2 C.T.C. 1; 88 DTC 6273; 85 N.R. 1; *R. c. Stevens*, [1988] 1 R.C.S. 1153; (1988), 41 C.C.C. (3d) 193; 64 C.R. (3d) 297; 86 N.R. 85; 28 O.A.C. 243; *Reference Re Sections 32 and 34 of the Workers' Compensation Act, (Nfld.)* (1987), 67 Nfld. & P.E.I.R. 16; 44 D.L.R. (4th) 501; 206 A.P.R. 16; 36 C.R.R. 112 (C.A.) conf. [1989] 1 R.C.S. 922; (1989), 76 Nfld. & P.E.I.R. 181; 56 D.L.R. (4th) 765; 235 A.P.R. 181; 40 C.R.R. 135; 96 N.R. 227; *Davidson et al. v. Davidson* (1986), 33 D.L.R. (4th) 161; [1987] 2 W.W.R. 642; 10 B.C.L.R. (2d) 88; 26 C.C.L.I. 134 (C.A.C.-B.); *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; *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254; (1990), 57 C.C.C. (3d) 115; 77 C.R. (3d) 273; 49 C.R.R. 79; 110 N.R. 321; 41 O.A.C. 81.

DÉCISIONS CITÉES:

Reyes c. Procureur général du Canada, [1983] 2 C.F. 125; (1983), 149 D.L.R. (3d) 748; 3 Admin. L.R. 141; 13 C.R.R. 235 (1^{re} inst.); *Orantes c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1990), 34 F.T.R. 184 (C.F. 1^{re} inst.).

DOCTRINE

Driedger, Elmer A., «Statutes: Retroactive Retrospective Reflections» (1978), 56 *R. du B. can.* 264.

AVOCATS:

Richard Vanderkooy pour le requérant.
Jaqueline Ott pour les intimés.

PROCUREURS:

Posthumus & Abols, Toronto, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

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

LE JUGE EN CHEF ADJOINT JEROME: Cette affaire a été entendue à Toronto (Ontario) les 2 et 31 août 1990. Par avis de requête en date du 14 février 1990, le requérant sollicite, conformément à l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7:

1. Une ordonnance de *certiorari* annulant la décision en date du 17 octobre 1989 par laquelle l'intimé, le greffier de la

17, 1989 rejecting the Applicant's application to be granted Canadian citizenship.

2. An order in the nature of *mandamus* requiring the Respondent Secretary of State of Canada to grant Canadian citizenship to the Applicant without requiring the oath of citizenship, and to issue a certificate of citizenship to him under s. 12 of the *Citizenship Act*, R.S.C. 1985, c. C-29, as amended.

3. Full costs on a solicitor and client basis, pursuant to Rule 344.

4. Such further and other relief as to this Honourable Court may seem just.

FACTS:

The salient facts, as set out in the applicant's affidavit sworn February 14, 1990 and the affidavit of Colette Arnal, Chief, Citizenship Registration and Promotion, Department of Secretary of State, sworn April 26, 1990, are as follows. The applicant was born in wedlock in the United States of America on August 29, 1962. His mother was a Canadian citizen and his father was an American citizen when the applicant was born. During his childhood, the applicant was separated from his parents and he resided in California. He entered Canada on October 10, 1986, after having relocated his mother in the Toronto area. On July 9, 1987 an inquiry into his status in Canada was commenced pursuant to paragraph 27(2)(f) of the *Immigration Act*, 1976, S.C. 1976-77, c. 52 [now R.S.C., 1985, c. I-2.] The applicant claimed to be a Canadian citizen and on September 24, 1987, he applied for Canadian citizenship pursuant to paragraph 5(2)(b) of the *Citizenship Act*, S.C. 1974-75-76, c. 108 [now R.S.C., 1985, c. C-29, as amended] (the "Act") to the Court of Canadian Citizenship in Mississauga, Ontario (the "Citizenship Court"). The respondents state, however, that he failed to provide all the necessary documentation prescribed by the *Citizenship Regulations* [C.R.C., c. 400].

A "Notification of Adjournment of Immigration Inquiry to Verify Claim of Citizenship" dated November 19, 1987 was sent to the Citizenship Court by Employment and Immigration Canada ("EIC"). On November 26, 1987 the Citizenship Court advised EIC that a search initiated on November 18, 1987 indicated that there was no record of the applicant in

citoyenneté canadienne, rejetait la demande de citoyenneté canadienne faite par le requérant.

2. Une ordonnance de *mandamus* enjoignant à l'intimé, le Secrétaire d'État du Canada, d'attribuer la citoyenneté canadienne au requérant sans exiger le serment de citoyenneté, et de lui délivrer un certificat de citoyenneté en application de l'article 12 de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. 1985, chap. C-29, et ses modifications.

3. Tous les dépens sur la base procureur-client, conformément à la règle 344.

4. Toute autre réparation que cette Cour peut juger équitable.

LES FAITS:

Les faits saillants exposés dans l'affidavit du requérant déposé le 14 février 1990 et dans l'affidavit de Colette Arnal, chef, Enregistrement et Promotion de la citoyenneté, ministère du Secrétariat d'État, déposé le 26 avril 1990, sont les suivants. Le requérant est né du mariage de ses parents, aux États-Unis d'Amérique le 29 août 1962. À sa naissance, sa mère était citoyenne canadienne et son père, citoyen américain. Au cours de son enfance, le requérant a été séparé de ses parents et il a résidé en Californie. Il est entré au Canada le 10 octobre 1986 après avoir découvert que sa mère habitait dans la région de Toronto. Le 9 juillet 1987, une enquête sur son statut au Canada a débuté en application de l'alinéa 27(2)(f) de la *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, chap. 52, [aujourd'hui L.R.C. (1985), chap. I-2]. Le requérant a affirmé être citoyen canadien, et le 24 septembre 1987, il a demandé la citoyenneté canadienne conformément à l'alinéa 5(2)(b) de la *Loi sur la citoyenneté*, S.C. 1974-75-76, chap. 108, [aujourd'hui L.R.C. (1985), chap. C-29, et ses modifications] (la «Loi») à la Cour de citoyenneté canadienne à Mississauga (Ontario) (la «Cour de la citoyenneté»). Les intimés disent cependant que le requérant n'a pas fourni toute la documentation nécessaire exigée par le *Règlement sur la citoyenneté* [C.R.C., chap. 400].

Un «Avis d'ajournement de l'enquête de l'immigration pour vérification de la revendication de la citoyenneté canadienne» en date du 19 novembre 1987 a été adressé à la Cour de la citoyenneté par Emploi et Immigration Canada («EIC»). Le 26 novembre 1987, la Cour de la citoyenneté a avisé EIC qu'une recherche commencée le 18 novembre

the Citizenship Registration Index. On January 27, 1988 a deportation order was made in respect of the applicant pursuant to the Immigration Inquiry. On August 25, 1988 the applicant applied to the Federal Court of Appeal to have the deportation order set aside. On November 3, 1988 the Court set aside the deportation order because the applicant's citizenship application had not been determined and in order that the citizenship application could proceed.¹

The applicant appeared at the Citizenship Court on October 27, 1988 and provided the missing information and documentation. In accordance with criminal clearance procedures, his application was forwarded to the Royal Canadian Mounted Police (the "RCMP"). On December 5, 1988 the RCMP advised that the applicant may have a criminal record and from May to August, 1989 the following information concerning the applicant's record was obtained:

- (i) conviction of theft over \$1,000 in Brampton on June 1, 1987 (subsequently appealed and withdrawn by the Crown on March 9, 1988);
- (ii) outstanding charge, murder (York);
- (iii) outstanding charge, obstruct justice and personation (Peel); and
- (iv) four outstanding warrants of committal.

Requests for fingerprints were sent to the applicant on December 16, 1988 and on March 8, 1989. In a letter to the Citizenship Court dated May 1, 1989, counsel for the applicant advised that the applicant had been charged with an indictable offence and requested that the citizenship application be held in abeyance until a determination was reached in respect of the charge. On August 31, 1989 the respondent Registrar of Canadian Citizenship advised the applicant that the file evidence appeared to prohibit his application and that it would be held in abeyance for 30 days to permit him to demonstrate that he was not prohibited:

Based on the above information [criminal record], it would seem that you are prohibited from acquiring citizenship by virtue of section 22 of the *Citizenship Act*. In order to help verify this information, on two occasions, both by registered mail,

¹ *Benner v. Minister of Employment and Immigration* (1988), 93 N.R. 250 (F.C.A.).

1987 indiquait que l'Index de l'enregistrement de la citoyenneté ne contenait aucune mention du requérant. Le 27 janvier 1988, une mesure d'expulsion a été prise contre le requérant conformément à l'enquête de l'immigration. Le 25 août 1988, le requérant s'est adressé à la Cour d'appel fédérale pour obtenir l'annulation de la mesure d'expulsion. Le 3 novembre 1988, la Cour a annulé la mesure d'expulsion parce que la demande de citoyenneté du requérant n'avait pas été décidée et pour permettre qu'il y soit procédé¹.

Le requérant s'est présenté à la Cour de la citoyenneté le 27 octobre 1988 et il a fourni les renseignements et la documentation qui manquaient. Comme on le fait lorsqu'il s'agit de vérifier l'absence de casier judiciaire, la demande du requérant a été adressée à la Gendarmerie Royale du Canada (la «GRC»). Le 5 décembre 1988, la GRC a laissé savoir que le requérant pouvait avoir un casier judiciaire, et de mai à août 1989, on a obtenu les renseignements suivants sur le casier judiciaire du requérant:

- (i) condamnation pour vol de plus de 1 000 \$ à Brampton le 1^{er} juin 1987 (ayant fait par la suite l'objet d'un appel et retirée par la Couronne le 9 mars 1988);
- (ii) accusation pendante de meurtre (York);
- (iii) accusation pendante d'entrave à la justice et d'usurpation d'état civil (Peel); et
- (iv) quatre mandats de dépôt pendants.

Les 16 décembre 1988 et 8 mars 1989, on a demandé au requérant de transmettre ses empreintes digitales. Dans une lettre adressée à la Cour de la citoyenneté le 1^{er} mai 1989, l'avocat du requérant a laissé savoir que ce dernier avait été accusé d'un acte criminel et il a demandé que la demande de citoyenneté soit mise en suspens jusqu'à ce qu'il soit statué sur l'accusation. Le 31 août 1989, le greffier de la citoyenneté canadienne intimé a avisé le requérant que les éléments de preuve au dossier semblaient écarter sa demande et que celle-ci serait mise en suspens pendant 30 jours pour lui permettre de démontrer qu'il n'était pas inadmissible:

[TRADUCTION] En raison des renseignements ci-dessus [casier judiciaire], il semblerait qu'il ne vous est pas possible de recevoir la citoyenneté canadienne en vertu de l'article 22 de la *Loi sur la citoyenneté*. Pour permettre la vérification de ces rensei-

¹ *Benner c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1988), 93 N.R. 250 (C.A.F.).

you were requested to provide your fingerprints but have failed to do so.

Your application will be held in abeyance for the next thirty days in order to allow you to demonstrate that you are not prohibited to be granted Canadian Citizenship.

No reply was received from the applicant and in a letter dated October 17, 1989 the Registrar informed the applicant that his citizenship application under paragraph 5(2)(b) of the Act was rejected.

The applicant requests that this Court, pursuant to its remedial powers under section 24 of the Charter, quash the respondent Registrar of Canadian Citizenship's decision rejecting the applicant's application for citizenship and order the respondent Secretary of State of Canada to grant citizenship to the applicant without requiring him to take the oath of citizenship. The basis of this request is that section 22 of the Act [R.S.C., 1985, c. C-29] and section 20 of the Regulations are inoperable to the extent that they refer to an application for citizenship by maternal heritage.

ISSUE:

The applicant's application for Canadian citizenship has been "delayed" in accordance with section 22 of the Act because of the criminal charges outstanding against him. The respondents state that if the charges are ultimately dismissed or if the applicant is found to be innocent the Citizenship application shall proceed. However, if he is ultimately convicted of the offences, the grant of citizenship will be delayed in accordance with paragraph 22(2)(a), for three years following the date that such conviction is no longer outstanding. The applicant argues that he is subject to section 22 because he was born outside Canada of maternal heritage (in wedlock) before February 14, 1977 and consequently must make an application for citizenship under paragraph 5(2)(b) of the Act. The issue then is whether the preferential paragraph 5(2)(b) application process accorded to non-citizens born of Canadian maternal heritage (in wedlock) prior to February 14, 1977 infringes the Charter.

gnements, à deux reprises on vous a demandé, par courrier recommandé, de transmettre vos empreintes digitales, ce que vous n'avez pas fait.

Votre demande sera tenue en suspens au cours des trente prochains jours afin de vous permettre de démontrer qu'il ne vous est pas interdit de recevoir la citoyenneté canadienne.

Le requérant n'a pas répondu et dans une lettre en date du 17 octobre 1989, le greffier l'a avisé que sa demande de citoyenneté présentée en vertu de l'alinéa 5(2)(b) de la Loi avait été rejetée.

Le requérant demande que cette Cour, conformément aux pouvoirs de réparation que lui confère l'article 24 de la Charte, annule la décision par laquelle le greffier de la citoyenneté canadienne intimé rejetait la demande de citoyenneté canadienne du requérant, et qu'elle ordonne au Secrétaire d'État du Canada intimé d'accorder la citoyenneté au requérant sans exiger qu'elle prononce le serment de citoyenneté. Le fondement de cette demande repose sur la prétention que l'article 22 de la Loi [L.R.C. (1985), chap. C-29] et l'article 20 du Règlement sont inopérants dans la mesure où ils visent une demande de citoyenneté fondée sur les antécédents maternels.

LE POINT EN LITIGE:

La demande de citoyenneté du requérant a été mise en suspens conformément à l'article 22 de la Loi en raison des accusations de nature criminelle portées contre lui. Les intimés précisent que si les accusations sont finalement rejetées ou que le requérant est reconnu innocent, la demande de citoyenneté sera traitée. Cependant, si le requérant est finalement déclaré coupable des accusations portées contre lui, l'octroi de la citoyenneté sera mis en suspens conformément à l'alinéa 22(2)(a) pendant trois ans suivant la date où cette déclaration de culpabilité n'est plus pendante. Le requérant fait valoir qu'il est visé par l'article 22 parce qu'il est né à l'étranger de l'union légitime d'une mère canadienne avant le 14 février 1977, et qu'il doit en conséquence faire une demande de citoyenneté conformément à l'alinéa 5(2)(b) de la Loi. Le point litigieux consiste donc à savoir si le traitement préférentiel prévu à l'alinéa 5(2)(b) à l'égard des demandes des non-citoyens nés de mères citoyennes canadiennes (et issus d'une union légitime) avant le 14 février 1977, viole la Charte.

STATUTORY PROVISIONS:

The statutory provisions relevant to this matter are subsections 3(1) and 4(3), paragraph 5(2)(b), and section 22 of the *Citizenship Act*, S.C. 1974-75-76, c. 108 (the “1977 *Citizenship Act*”), paragraph 5(1)(b) of the former *Canadian Citizenship Act*, R.S.C. 1970, c. C-19 (the “1947 *Citizenship Act*”), section 20 of the *Citizenship Regulations*, C.R.C., c. 400, and subsection 15(1), section 7, and paragraph 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the “Charter”).

Canada’s citizenship legislation, “An Act respecting Citizenship, Nationality, Naturalization and Status of Aliens”, R.S.C. 1952, c. 33, as amended [by S.C. 1952-53, c. 23, s. 14] (the “1947 *Citizenship Act*”) became effective January 1, 1947. Subsection 5(1) of the 1947 *Citizenship Act* provided that a person born after December 31, 1946 was a natural-born Canadian if such person was:

5. (1) ...

(a) ... born in Canada or on a Canadian ship; or

(b) ... born outside Canada elsewhere than on a Canadian ship and

(i) his father, or in the case of a child born out of wedlock, his mother, at the time of that person’s birth is a Canadian citizen, and

(ii) the fact of his birth is registered in accordance with the regulations, within two years after its occurrence or within such extended period as the Ministry may authorize in special cases. [Emphasis added.]

The *Citizenship Act*, S.C. 1974-75-76, c. 108 [now R.S.C., 1985, c. C-29 as amended] was declared in force on February 15, 1977 and the 1947 *Citizenship Act* was repealed. The relevant provisions are as follows:

3. (1) Subject to this Act, a person is a citizen if

(a) the person was born in Canada after February 14, 1977;

(b) the person was born outside Canada after February 14, 1977 and at the time of his birth one of his parents, other than a parent who adopted him, was a citizen;

DISPOSITIONS DE LA LOI:

Les dispositions légales pertinentes en l’espèce sont les paragraphes 3(1) et 4(3), l’alinéa 5(2)b, et l’article 22 de la *Loi sur la citoyenneté*, S.C. 1974-75-76, chap. 108 (la «*Loi sur la citoyenneté de 1977*»), l’alinéa 5(1)b de l’ancienne *Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.R.C. 1970, chap. C-19 (la «*Loi sur la citoyenneté de 1947*»), l’article 20 du *Règlement sur la citoyenneté*, C.R.C., chap. 400, et le paragraphe 15(1), l’article 7 et l’alinéa 11d de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la «*Charte*»).

La loi canadienne sur la citoyenneté, la «Loi concernant la citoyenneté, la nationalité et la naturalisation, ainsi que le statut des étrangers», S.R.C. 1952, chap. 33 et ses modifications [S.C. 1952-53, chap. 23, art. 14] (la «*Loi sur la citoyenneté de 1947*») est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1947. Le paragraphe 5(1) de la *Loi sur la citoyenneté de 1947* prévoyait qu’une personne, née après le 31 décembre 1946, est un citoyen canadien de naissance:

5. (1) ...

a) si elle est née au Canada ou sur un navire canadien; ou

b) si elle est née hors du Canada ailleurs que sur un navire canadien, et si

(i) son père ou, dans le cas d’un enfant né hors du mariage, sa mère, au moment de la naissance de cette personne, était un citoyen canadien, et si

(ii) le fait de sa naissance est enregistré, d’après les règlements, au cours des deux années qui suivent l’événement ou au cours de la période prolongée que le Ministre peut, en vertu des règlements, autoriser en des cas spéciaux. [C’est moi qui souligne.]

La *Loi sur la citoyenneté*, S.C. 1974-75-76, chap. 108 [aujourd’hui L.R.C. (1985), chap. C-29 et ses modifications] a été proclamée en vigueur le 15 février 1977 et la *Loi sur la citoyenneté de 1947* a été abrogée. En voici les dispositions pertinentes:

3. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, a qualité de citoyen toute personne:

a) née au Canada après le 14 février 1977;

b) née à l’étranger après le 14 février 1977 d’un père ou d’une mère ayant qualité de citoyen au moment de la naissance;

(c) the person has been granted or acquired citizenship pursuant to section 5 or 11 and, in the case of a person who is fourteen years of age or over on the day that he is granted citizenship, he has taken the oath of citizenship;

(d) the person was a citizen immediately before February 15, 1977; or

(e) the person was entitled immediately before February 15, 1977, to become a citizen under paragraph 5(1)(b) of the former Act.

4. . . .

(3) For the purposes of paragraph 3(1)(e), a person otherwise entitled under paragraph 5(1)(b) of the former Act to become a citizen immediately before February 15, 1977 remains so entitled notwithstanding that his birth is registered after February 14, 1977, in accordance with the regulations made under the former Act,

(a) within two years after the occurrence of his birth; or

(b) within such extended period as the Minister may authorize after February 15, 1977 or has authorized before that date.²

5. . . .

(2) The Minister shall grant citizenship to any person who

(b) was born outside Canada, before February 15, 1977, of a mother who was a citizen at the time of his birth, and was not entitled, immediately before February 15, 1977, to become a citizen under subparagraph 5(1)(b)(i) of the former Act, if, before February 15, 1977, or within such extended period as the Minister may authorize, an application for citizenship is made to the Minister by a person authorized by regulation to make the application.³

22. (1) Notwithstanding anything in this Act, a person shall not be granted citizenship under section 5 or subsection 11(1) or administered the oath of citizenship

(a) while the person is, pursuant to any enactment in force in Canada,

(i) under a probation order,

(ii) a paroled inmate, or

(iii) confined in or is an inmate of any penitentiary, jail, reformatory or prison;

(b) while the person is charged with, on trial for, or subject to or party to an appeal relating to an offence under subsection 29(2) or (3) or an indictable offence under any Act of Parliament; or

(c) if the person requires but has not obtained the consent of the Minister of Employment and Immigration, under subsec-

² The date for registration pursuant to s. 4(3) and s. 5(2)(b) of the 1977 *Citizenship Act* has been extended to February 15, 1992.

³ *Ibid.*

c) ayant obtenu la citoyenneté—par attribution ou acquisition—sous le régime des articles 5 ou 11 et ayant, si elle était âgée d'au moins quatorze ans, prêté le serment de citoyenneté;

d) ayant cette qualité au 14 février 1977;

e) habile, au 14 février 1977, à devenir citoyen aux termes de l'alinéa 5(1)(b) de l'ancienne loi.

4. . . .

(3) Pour l'application de l'alinéa 3(1)e), la personne qui est par ailleurs, en application de l'alinéa 5(1)(b) de l'ancienne loi, habile, au 14 février 1977, à devenir citoyen, le demeure même si sa naissance est enregistrée après cette date, conformément aux règlements pris en vertu de l'ancienne loi:

a) dans les deux ans suivant sa naissance;

b) dans le délai plus long accordé par le ministre même après le 15 février 1977².

5. . . .

(2) Le ministre attribue en outre la citoyenneté:

b) sur demande qui lui est présentée par la personne qui y est autorisée par règlement et avant le 15 février 1979 ou dans le délai ultérieur qu'il autorise, à la personne qui, née à l'étranger avant le 15 février 1977 d'une mère ayant à ce moment-là qualité de citoyen, n'était pas admissible à la citoyenneté aux termes du sous-alinéa 5(1)(b)(i) de l'ancienne loi³.

22. (1) Malgré les autres dispositions de la présente loi, nul ne peut recevoir la citoyenneté au titre de l'article 5 ou du paragraphe 11(1) ni prêter le serment de citoyenneté:

a) pendant la période où, en application d'une disposition législative en vigueur au Canada:

(i) il est sous le coup d'une ordonnance de probation,

(ii) il bénéficie d'une libération conditionnelle,

(iii) il est détenu dans un pénitencier, une prison ou une maison de correction;

b) tant qu'il est inculpé pour une infraction prévue au paragraphe 29(2) ou (3) ou pour un acte criminel prévu par une loi fédérale, et ce jusqu'à la date d'épuisement des voies de recours;

c) s'il n'a pas obtenu l'autorisation du ministre de l'Emploi et de l'Immigration éventuellement exigée aux termes du

² La date fixée pour l'enregistrement conformément au paragraphe 4(3) et à l'alinéa 5(2)(b) de la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 a été prorogée au 15 février 1992.

³ *Ibid.*

tion 55(1) of the *Immigration Act*, to be admitted to and remain in Canada as a permanent resident.

(2) Notwithstanding anything in this Act, but subject to the *Criminal Records Act*, a person shall not be granted citizenship under section 5 or subsection 11(1) or administered the oath of citizenship if

(a) during the three year period immediately preceding the date of his application, or

(b) during the period between the date of his application and the date that the person would otherwise be granted citizenship or administered the oath of citizenship the person has been convicted of an offence under subsection 29(2) or (3) or of an indictable offence under any Act of Parliament.

Section 20 of the *Citizenship Regulations* provides:

20. (1) Subject to subsection 5(3) of the Act and section 22 of the Regulations, a person who is 14 years of age or over on the day that he has been granted citizenship under subsection 5(2), 5(4) or 10(1) of the Act shall take the oath of citizenship by swearing or affirming it . . .

The relevant provisions of the Charter are as follows:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

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.

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;

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

APPLICANT'S ARGUMENT:

The applicant submits that he is denied his right to equal protection and equal benefit of the law in that

paragraphe 55(1) de la *Loi sur l'immigration* pour être admis au Canada et y demeurer à titre de résident permanent.

(2) Malgré les autres dispositions de la présente loi, mais sous réserve de la *Loi sur le casier judiciaire*, nul ne peut recevoir la citoyenneté au titre de l'article 5 ou du paragraphe 11(1) ni prêter le serment de citoyenneté s'il a été déclaré coupable d'une infraction prévue au paragraphe 29(2) ou (3) ou d'un acte criminel prévu par une loi fédérale:

a) au cours des trois ans précédant la date de sa demande;

b) entre la date de sa demande et celle prévue pour l'attribution de la citoyenneté ou la prestation du serment.

L'article 20 du *Règlement sur la citoyenneté* prévoit ce qui suit:

20. (1) Sous réserve du paragraphe 5(3) de la Loi et de l'article 22 du présent règlement, une personne qui a 14 ans révolus à la date à laquelle elle se voit accorder la citoyenneté en vertu du paragraphe 5(2), 5(4) ou 10(1) de la Loi doit prêter le serment de citoyenneté en jurant ou en faisant une déclaration solennelle . . .

Voici le libellé des dispositions pertinentes de la Charte:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

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.

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; . . .

15. (1) La loi ne fait exception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

MOYENS DU REQUÉRANT:

Le requérant soutient qu'il est privé de la même protection et du même bénéfice de la loi parce qu'on

he is denied Canadian citizenship by reason of the sex of his parent holding Canadian citizenship at the time of his birth outside Canada before February 15, 1977. The discriminatory treatment under the *Citizenship Act* on the basis of the sex or marital status of the parent holding Canadian citizenship is presumptively pejorative on a constitutionally prohibited ground because:

(a) the discrimination is on grounds closely analogous to those enumerated in s. 15(1);

(b) it is strongly and obviously linked to the enumerated, prohibited ground of sex which is one of the "most socially destructive and historically practiced bases of discrimination";

(c) it is based on natural and immutable personal characteristics; and,

(d) it results in a major, non-trivial effect upon members of the Applicant's class in that it denies Canadian citizenship and the opportunity for dual Canadian/American citizenship.

The applicant further submits that citizenship cannot be considered a "privilege" and that his Charter section 7 right to life, liberty and security of the person is infringed. Specifically, his right to status *ab initio* as a Canadian citizen acquired by birth, his right to enter and remain in Canada, and his right to the full benefit of the doctrine that one is presumed innocent until proven guilty under paragraph 11(d) of the Charter are infringed.

The applicant states that the infringement of his subsection 15(1) and section 7 rights cannot be justified under section 1 of the Charter. He suggests that the objectives of the relevant provisions of the *Citizenship Act* are not reasonable and cannot be justified in a free and democratic society which embodies a commitment to social justice and equality. He submits that the purposes and impact of the *Citizenship Act* are under-inclusive of the equality requirements of subsection 15(1) of the Charter in that the rights, benefits and protection of Canadian citizenship are granted to those who claim it by virtue of their paternal or bastard heritage, but not to those who claim it on the basis of their maternal heritage. The objectives of limiting citizenship to those deserving of it and the desire to protect Canadian security interests are not

lui refuse la citoyenneté canadienne en raison du sexe de celui de ses parents qui possédait la citoyenneté canadienne au moment de sa naissance à l'étranger avant le 15 février 1977. Le traitement discriminatoire prévu par la *Loi sur la citoyenneté* en raison du sexe ou de l'état matrimonial du parent possédant la citoyenneté canadienne est présumé être péjoratif en vertu d'un motif interdit par la constitution parce que:

a) la discrimination se fonde sur des motifs ressemblant de près à ceux qui sont énumérés au paragraphe 15(1);

b) elle est fortement et évidemment liée à l'un des motifs interdits mentionnés, à savoir le sexe, qui est l'un des motifs de discrimination les plus perniciose au plan social et dont la pratique remonte très loin;

c) elle se fonde sur des caractéristiques personnelles immuables et naturelles;

d) elle a un effet important et non trivial sur ceux qui appartiennent à la même catégorie que la partie requérante en ce sens qu'elle les prive de la citoyenneté canadienne et de la possibilité d'acquérir la double citoyenneté canadienne et américaine.

Le requérant soutient aussi que la citoyenneté ne peut être considérée comme un «privilege» et que son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne garanti par l'article 7 de la Charte est violé. Plus particulièrement, il affirme qu'il y a violation de son droit *ab initio* à la qualité de citoyen canadien de naissance, de son droit d'entrer au Canada et d'y demeurer, et de son droit au plein bénéfice de la doctrine selon laquelle quiconque est présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, consacrée à l'alinéa 11d) de la Charte.

Le requérant souligne que la violation des droits que lui confèrent le paragraphe 15(1) et l'article 7 ne saurait se justifier en vertu de l'article premier de la Charte. Il fait valoir que les objectifs des dispositions applicables de la *Loi sur la citoyenneté* sont abusifs et que leur justification ne peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique dont l'un des fondements est la justice sociale et l'égalité. Le requérant avance que les objectifs et l'incidence de la *Loi sur la citoyenneté* ne répondent pas aux exigences du paragraphe 15(1) de la Charte en matière d'égalité en ce sens que les droits, les bénéfices et la protection propres à la citoyenneté canadienne sont accordés à ceux qui les réclament en vertu de leur père ou de leur naissance illégitime, et non à ceux qui les demandent en vertu de leur mère. L'intention de

properly addressed because the irrelevant characteristic of maternal heritage has been isolated. Further, the bar under section 22, invoked as a consequence of the applicant being charged with an indictable offence, violates the constitutionally protected doctrine of the presumption of innocence and is not rationally connected to the security interests of Canada. The applicant submits, therefore, that the measures used to achieve the objectives noted above are disproportionate in that they greatly impair the protected rights to equality, to security of the person, and to the presumption of innocence.

RESPONDENTS' ARGUMENT:

The respondents submit that the Charter does not apply retrospectively to legislation in force and having effect in Canada prior to the Charter's entrenchment and, with respect to section 15, prior to April 17, 1985. Relying on *Reyes v. Attorney General of Canada*, [1983] 2 F.C. 125 (T.D.), at page 142, the respondents submit that citizenship status is determined on the date of an individual's birth or in accordance with and subject to state laws of naturalization in force on such date. The applicant, born August 29, 1962, was subject to citizenship legislation effective in 1947 and it is submitted that he is now seeking to compare himself to other persons whose citizenship status was determined in accordance with the 1947 *Citizenship Act*. The respondents state that the applicant is seeking to have this Court "regulate the composition of the Canadian state on April 30, 1990 and alter the composition of the Canadian citizenry from January 1, 1947 forward."

Alternatively, it is submitted that subsection 15(1), paragraph 11(d) and section 7 of the Charter are not infringed in this instance. The decisions of the Federal Court in *Reyes* and in *Orantes v. Minister of Employment and Immigration* (1990), 34 F.T.R. 184 (F.C.T.D.) are cited as authority for the proposition that section 7 of the Charter does not encompass a guarantee of citizenship and that the refusal of a grant of citizenship, therefore, does not infringe the applicant's right to life, liberty and security of the person.

restreindre la citoyenneté à ceux qui la méritent et le désir de protéger la sécurité du Canada ne sont pas traités correctement parce que la caractéristique non pertinente des antécédents maternels a été isolée. De plus, l'interdiction prévue à l'article 22 invoquée en raison de l'acte criminel dont est accusé le requérant viole la doctrine de la présomption d'innocence protégée par la constitution, et elle n'est pas liée de façon rationnelle à la sécurité du Canada. Le requérant fait donc valoir que les mesures visant à atteindre les objectifs susmentionnés sont disproportionnées et qu'elles compromettent sérieusement les droits à l'égalité, à la sécurité de la personne et à la présomption d'innocence garantis par la constitution.

MOYENS DES INTIMÉS:

Les intimés font valoir que la Charte ne s'applique pas rétrospectivement aux mesures législatives en vigueur et ayant effet au Canada avant l'adoption de la Charte et, en ce qui concerne l'article 15, avant le 17 avril 1985. Invoquant l'arrêt *Reyes c. Procureur général du Canada*, [1983] 2 C.F. 125 (1^{re} inst.), à la page 142, les intimés avancent que la citoyenneté est déterminée selon la date de naissance de l'individu concerné ou conformément et en fonction des lois fédérales sur la naturalisation en vigueur à cette date. Le requérant, né le 29 août 1962, était assujéti à la législation relative à la citoyenneté en vigueur en 1947, et on avance qu'il essaie maintenant de s'assimiler aux autres personnes dont la citoyenneté a été déterminée conformément à la *Loi sur la citoyenneté* de 1947. Les intimés soutiennent que le requérant tente d'obtenir que cette Cour [TRADUCTION] «réglemente la composition de l'État canadien le 30 avril 1990 et modifie la composition de l'ensemble des citoyens canadiens à partir du premier janvier 1947 et par la suite».

Subsidiairement, on avance que le paragraphe 15(1), l'alinéa 11d) et l'article 7 de la Charte ne sont pas violés en l'espèce. Les décisions de la Cour fédérale dans les affaires *Reyes* et *Orantes c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1990), 34 F.T.R. 184 (C.F. 1^{re} inst.) sont citées à l'appui de la proposition selon laquelle l'article 7 de la Charte ne comprend pas la garantie de la citoyenneté, et le refus d'accorder la citoyenneté, par conséquent, ne viole pas le droit du requérant à la vie, à la liberté et à la sécurité

As well, the paragraph 11(d) right to be presumed innocent in criminal proceedings does not apply to this non-criminal proceeding.

The respondents submit that citizenship is a statutorily defined "status" composed of rights, duties, privileges and obligations and that, except as specifically provided in the *Citizenship Act*, no person has a "right" to Canadian citizenship. The conditions and criteria of citizenship relate to fundamental policy decisions entrusted exclusively to Parliament that are determined in accordance with the interface and impact of Canadian citizenship status on: (i) foreign states and foreign nationals of varying links to Canada; (ii) Canada's national identity and integrally related matters, such as national security; and (iii) all domestic laws relating to the obligations, rights and privileges of citizenship.

The application process provided for in paragraph 5(2)(b) of the 1977 *Citizenship Act* was designed to offer preferred access to the status of Canadian citizenship to non-citizens born in wedlock to Canadian mothers before February 14, 1977. At the same time Parliament sought to avoid prejudice to their foreign national status as a result of a retroactive conferral of citizenship and to ensure that the rights of existing citizens are not jeopardized. Paragraph 5(2)(b) and section 22 do not, therefore, by object infringe subsection 15(1) of the Charter.

The real distinction according to the respondents is not the sex or marital status of the applicant's Canadian parent but the alleged criminal activity of the applicant. It is not a distinction based upon personal characteristics but upon an individual's merit or capacity to uphold the laws of Canada and it is, therefore, not discriminatory. The criteria and conditions regulating access to Canadian citizenship are not related to individual characteristics but to historical, social, national, political and international factors. The respondents submit that Parliament specifically addressed the extent to which preferred citizenship status should be provided to individuals born outside Canada before the effective date of the new legisla-

de sa personne. De la même façon, le droit conféré par l'alinéa 11d) d'être présumé innocent au cours de procédures criminelles ne s'applique pas à cette procédure non criminelle.

Les intimés avancent que la citoyenneté est une «qualité» définie par la loi et composée de droits, de devoirs, de privilèges et d'obligations et que, sauf dans la mesure où la *Loi sur la citoyenneté* le prévoit expressément, nul n'a «droit» à la citoyenneté canadienne. Les conditions et les critères de la citoyenneté sont liés à des décisions de politique fondamentales relevant exclusivement du Parlement qui sont déterminées en fonction de l'action et de l'incidence de la citoyenneté canadienne sur: i) les États étrangers et les nationaux étrangers ayant divers liens avec le Canada; ii) l'identité nationale du Canada et les questions qui y sont intégralement liées, comme la sécurité nationale; et iii) toutes les lois internes ayant trait aux obligations, aux droits et aux privilèges de la citoyenneté.

Le processus de demande prévu à l'alinéa 5(2)(b) de la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 a été conçu de façon à faciliter l'octroi de la citoyenneté canadienne aux non-citoyens nés du mariage de leur mère canadienne avant le 14 février 1977. En même temps, le législateur s'est efforcé d'éviter de nuire à leur condition de national étranger à la suite d'un octroi rétroactif de la citoyenneté et de faire en sorte que les droits des citoyens existants ne soient pas compromis. Par conséquent, l'alinéa 5(2)(b) et l'article 22 ne violent pas, en raison de leur objet, le paragraphe 15(1) de la Charte.

Selon les intimés, la véritable distinction ne réside pas dans le sexe ni dans l'état matrimonial du parent canadien du requérant, mais dans l'activité criminelle alléguée de ce dernier. Il ne s'agit pas d'une distinction fondée sur des caractéristiques personnelles mais sur le mérite d'un individu ou sa capacité de respecter les lois du Canada et par conséquent, elle n'est pas illicite. Les critères et les conditions qui régissent l'octroi de la citoyenneté canadienne ne sont pas reliés à des caractéristiques individuelles mais à des facteurs historiques, sociaux, nationaux, politiques et internationaux. Les intimés font valoir que le législateur a expressément prévu la mesure dans laquelle la citoyenneté serait accordée de façon préférentielle

tion to Canadian mothers in wedlock and that the policy choices ultimately embodied in paragraph 5(2)(b) and section 22 are demonstrably justified within section 1 of the Charter.

ANALYSIS:

1. Does the Charter apply to this particular fact situation?

In *R. v. Longtin* (1983), 41 O.R. (2d) 545 (C.A.), Blair J.A. held that the Charter does not have retrospective application. Tarnopolsky J.A. in *R. v. James, Kirsten and Rosenthal* (1986), 55 O.R. (2d) 609 (C.A.), affirmed [1988] 1 S.C.R. 669, observed that the Supreme Court of Canada had not questioned this proposition but had to date simply considered whether, in a particular case, giving effect to a provision in the Charter does or does not amount to a retrospective application. He referred (at page 624) to E. A. Driedger in "Statutes: Retroactive Retrospective Reflections" (1978), 56 *Can. Bar Rev.* 264, at pages 268-269, to outline the difference between a retroactive and a retrospective statute:

A retroactive statute is one that operates as of a time prior to its enactment. A retrospective statute is one that operates for the future only. It is prospective, but it imposes new results in respect of a past event. A retroactive statute *operates backwards*. A retrospective statute *operates forwards*, but it looks backwards in that it attaches new consequences *for the future* to an event that took place before the statute was enacted. A retroactive statute changes the law from what it was; a retrospective statute changes the law from what it otherwise would be with respect to a prior event.

In *R. v. Stevens*, [1988] 1 S.C.R. 1153 at page 1159, Mr. Justice Le Dain, for the majority, held that the Charter should not be applied retrospectively so as to change the substantive law applicable to a *Criminal Code* [R.S.C. 1970, c. C-34] offence:

The criminal liability to imprisonment for the offence created by s. 146(1) was imposed by s. 146(1), in respect of the offence committed by the appellant, at the time the offence was committed. The liability imposed by law would ordinarily be established at trial in a particular case in accordance with the

aux personnes nées à l'étranger du mariage de leurs mères canadiennes avant la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi, et que la justification des choix de politiques finalement concrétisés à l'alinéa 5(2)b) et à l'article 22 peut se démontrer en vertu de l'article premier de la Charte.

ANALYSE:

1. La Charte s'applique-t-elle aux faits de l'espèce?

Dans l'arrêt *R. v. Longtin* (1983), 41 O.R. (2d) 545 (C.A.), le juge d'appel Blair a statué que la Charte n'est pas rétrospective. Le juge d'appel Tarnopolsky a noté, dans l'arrêt *R. v. James, Kirsten and Rosenthal* (1986), 55 O.R. (2d) 609 (C.A.), confirmé par [1988] 1 R.C.S. 669, que la Cour suprême du Canada n'avait pas mis cette proposition en doute mais qu'elle s'était simplement demandée jusqu'à aujourd'hui si, dans un cas particulier, donner effet à une disposition de la Charte cela équivaut ou non à son application rétrospective. Il a renvoyé (à la page 624) à l'ouvrage de E. A. Driedger, «Statutes: Retroactive Retrospective Reflections» (1978), 56 *R. du B. can.* 264, aux pages 268 et 269, pour souligner la différence entre une loi rétroactive et une loi rétrospective:

[TRADUCTION] Une loi rétroactive est une loi dont l'application s'étend à une époque antérieure à son adoption. Une loi rétrospective ne dispose qu'à l'égard de l'avenir. Elle vise l'avenir, mais elle impose de nouvelles conséquences à l'égard d'événements passés. Une loi rétroactive agit à l'égard du passé. Une loi rétrospective agit pour l'avenir, mais elle jette aussi un regard vers le passé en ce sens qu'elle attache de nouvelles conséquences à l'avenir à l'égard d'un événement qui a eu lieu avant l'adoption de la loi. Une loi rétroactive modifie la loi par rapport à ce qu'elle était; une loi rétrospective rend la loi différente de ce qu'elle serait autrement à l'égard d'un événement antérieur.

Dans l'arrêt *R. c. Stevens*, [1988] 1 R.C.S. 1153 à la page 1159, le juge Le Dain, qui s'exprimait pour la majorité, a statué que la Charte ne devrait pas être appliquée rétrospectivement de façon à modifier le droit positif applicable aux infractions prévues au *Code criminel* [S.R.C. 1970, chap. C.-34]:

La responsabilité criminelle entraînant l'emprisonnement pour l'infraction créée par le par. 146(1) était prévue par le par. 146(1), pour l'infraction commise par l'appelant, au moment où l'infraction a été commise. La responsabilité imposée par la loi s'établit d'ordinaire au procès dans un cas donné, confor-

relevant substantive law, including any applicable constitutional provisions, as it existed at the time the offence was committed. It would give a retrospective application to s. 7 of the *Charter* to apply it to s. 146(1) of the *Code* merely because the liability imposed by s. 146(1) continued after the *Charter* came into force. It would be to change the applicable substantive law with retrospective effect.

Here, we are dealing specifically with section 15 of the *Charter*. Although the *Charter* came into force on April 17, 1982, section 15 did not take effect until three years later on April 17, 1985. Recently, in *Reference Re Sections 32 and 34 of the Workers' Compensation Act, (Nfld.)* (1987), 67 Nfld. & P.E.I.R. 16 (C.A.), affirmed [1989] 1 S.C.R. 922, the Supreme Court of Canada confirmed that subsection 15(1) of the *Charter* does not apply to causes of action arising prior to April 17, 1985. In fact, as noted by Macfarlane J.A. in *Davidson et al. v. Davidson* (1986), 33 D.L.R. (4th) 161 (B.C.C.A.), at page 171, the purpose behind the three-year delay was to provide a period of grace to allow governments to reorganize their affairs and to amend legislation to satisfy the constitutional guarantees provided by section 15. Therefore, giving section 15 retrospective effect would completely ignore the purpose of the three-year delay.

In *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595, the retrospectivity question was dealt with at length and guidelines for determining whether the *Charter* applies in a given circumstance were established. Both Dickson C.J. (as he then was) in dissent and Wilson J. for the majority agreed that in order to determine whether the *Charter* is applicable law, a court must ask whether the *Charter* was in force at the time at which the act or event which is alleged to infringe the *Charter* took place or had its effect. Dickson C.J. noted, however, that "this is not necessarily a straight-forward task" and Wilson J. cautioned that "an all or nothing approach which artificially divides the chronology of events into the mutually exclusive categories of pre and post-*Charter*" should be avoided and that pre-*Charter* history should be considered as well as the nature of the particular constitutional right alleged to be violated. She stated [at pages 627-631]:

mément aux règles de fond pertinentes, y compris toute disposition constitutionnelle applicable existant au moment où l'infraction est commise. Ce serait donner une application rétroactive à l'art. 7 de la *Charte* que de l'appliquer au par. 146(1) du *Code* simplement parce que la responsabilité imposée par le par. 146(1) demeurerait après l'entrée en vigueur de la *Charte*. Cela modifierait les règles de fond applicables en leur donnant un effet rétroactif.

Nous traitons expressément en l'espèce de l'article 15 de la *Charte*. Bien que la *Charte* soit entrée en vigueur le 17 avril 1982, l'article 15 n'a pris effet que trois ans plus tard, le 17 avril 1985. Récemment, dans l'arrêt *Reference Re Sections 32 and 34 of the Workers' Compensation Act, (Nfld.)* (1987), 67 Nfld. & P.E.I.R. 16 (C.A.), confirmé par [1989] 1 R.C.S. 922, la Cour suprême du Canada a confirmé que le paragraphe 15(1) de la *Charte* ne s'applique pas aux causes d'action ayant pris naissance avant le 17 avril 1985. De fait, comme l'a noté le juge d'appel Macfarlane dans l'arrêt *Davidson et al. v. Davidson* (1986), 33 D.L.R. (4th) 161 (C.A.C.-B.), à la page 171, la raison du laps de trois ans était d'offrir une période de grâce afin de permettre aux gouvernements de réorganiser leurs affaires et de modifier leur législation de façon à satisfaire aux garanties constitutionnelles offertes par l'article 15. Par conséquent, donner un effet rétrospectif à l'article 15, ce serait ne faire aucun cas de l'objet du laps de trois ans.

L'arrêt *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595, traite longuement de la question de l'effet rétrospectif et établit des lignes directrices visant à déterminer si la *Charte* s'applique dans des circonstances données. Tant le juge en chef Dickson (tel était alors son titre) dans son jugement dissident que le juge Wilson pour la majorité se sont entendus pour dire que pour juger de l'applicabilité de la *Charte*, le tribunal doit se demander si elle était en vigueur au moment où l'acte ou l'événement censé la violer s'est produit ou a eu son effet. Le juge en chef Dickson a cependant souligné que «cette détermination n'est pas nécessairement une tâche simple» et le juge Wilson a prévenu que «l'approche tout ou rien qui divise artificiellement la chronologie des événements dans les catégories mutuellement exclusives d'avant et d'après la *Charte*» devrait être évitée et qu'il y a lieu de considérer le contexte antérieur à la *Charte* aussi bien que la nature du droit constitutionnel qui aurait été violé. Le juge Wilson a dit aux pages 627 à 631:

Such an approach seems to me to be consistent with our general purposive approach to the interpretation of constitutional rights. Different rights and freedoms, depending on their purpose and the interests they are meant to protect, will crystallize and protect the individual at different times . . . For example, procedural rights will crystallize at the time of the process: *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181. Rights against unreasonable searches and seizures will crystallize at the time of the search and seizure: *R. v. James*, [1988] 1 S.C.R. 669. Substantive guarantees that the accused receive the benefit of his or her subjective mistake of fact crystallize at the time the offence was committed: *R. v. Stevens*, *supra*. The right against the introduction of self-incriminating evidence crystallizes at the time the evidence is sought to be introduced in a proceeding even although the testimony was originally provided well before the *Charter* came into force: *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350. . . .

Some rights and freedoms in the *Charter* seem to me to be particularly susceptible of current application even although such application will of necessity take cognizance of pre-*Charter* events. Those *Charter* rights the purpose of which is to prohibit certain conditions or states of affairs would appear to fall into this category. Such rights are not designed to protect against discrete events but rather to protect against an ongoing condition or state of affairs. Pre-trial delay under s. 11(b) is a good example: *R. v. Antoine*. Section 15 may also fall into this category. Morden J.A. recognized in *Re McDonald and the Queen* (1985), 21 C.C.C. (3d) 330 (Ont. C.A.) that there was such a thing as a continuing discriminatory practice under s. 15 of the *Charter*.

Not only will the scope and content of the particular right and freedom be relevant in determining whether an applicant is seeking to have the *Charter* applied prospectively or retrospectively, but the particular facts of the claim will be relevant. For example, in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, s. 15 was not applied because it was being invoked to challenge a pre-*Charter* conviction. Dickson C.J. noted at p. 786:

The retailers in the present appeals opened their stores, were charged and were convicted at a time when the *Charter* did not confer a right to equality before and under the law. Even if it could be said that the *Retail Business Holidays Act* has abridged the retailers' s. 15 rights since April 17, 1985, I cannot see how this might have any bearing on the legality of their convictions or of the Act prior to that time.

Section 15 could not be used to invalidate a discrete pre-*Charter* act, namely a particular conviction.

Ce point de vue me semble conforme à la façon générale d'interpréter les droits constitutionnels, qui consiste à examiner l'objet visé. Des droits et des libertés différents, selon leur objet et les intérêts qu'ils visent à protéger, se cristalliseront et protégeront l'individu à différents moments . . . Par exemple, les droits en matière de procédure se cristallisent au moment où la procédure se déroule: *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181. Les droits à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives se cristallisent au moment de la fouille, de la perquisition ou de la saisie en question: *R. c. James*, [1988] 1 R.C.S. 669. Les garanties, sur le plan du fond, que l'inculpé profite de son erreur de fait subjective se cristallisent au moment où l'infraction est commise: *R. c. Stevens*, précité. Le droit à la protection contre l'utilisation d'un témoignage auto-incriminant se cristallise au moment où l'on cherche à utiliser ce témoignage dans une instance même si, à l'origine, il a été donné bien avant l'entrée en vigueur de la *Charte*: *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350.

Certains droits et certaines libertés contenus dans la *Charte* me semblent particulièrement susceptibles d'être appliqués actuellement même si cette application oblige nécessairement à prendre connaissance d'événements antérieurs à la *Charte*. Les droits garantis par la *Charte* qui ont pour objet d'interdire certaines conditions ou situations sembleraient relever de cette catégorie. De tels droits visent à protéger non pas contre des événements précis et isolés, mais plutôt contre des conditions ou une situation en cours. La question du délai avant le procès, aux termes de l'al. 11(b), en est un bon exemple: *R. v. Antoine*. L'article 15 peut aussi relever de cette catégorie. Le juge Morden a reconnu, dans l'arrêt *Re McDonald and The Queen* (1985), 21 C.C.C. (3d) 330 (C.A. Ont.), qu'une pratique discriminatoire continue, cela existe et relève de l'art. 15 de la *Charte*.

Non seulement la portée et le contenu du droit et de la liberté particuliers sont-ils pertinents quand il s'agit de savoir si le requérant demande une application prospective ou rétroactive de la *Charte*, mais encore les faits particuliers entourant la demande le sont également. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, l'art. 15 n'a pas été appliqué parce qu'il était invoqué pour contester une déclaration de culpabilité antérieure à la *Charte*. Le juge en chef Dickson note, à la p. 786:

En l'espèce, les détaillants ont ouvert leurs magasins, ont été inculpés et déclarés coupables à une époque où la *Charte* ne conférerait pas de droit à l'égalité devant la loi. Même si on pouvait dire que la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* porte atteinte aux droits que les détaillants possèdent, en vertu de l'art. 15, depuis le 17 avril 1985, je ne vois pas comment cela pourrait avoir quelque incidence sur la légalité de leurs déclarations de culpabilité ou de la Loi avant cette date.

On ne pouvait recourir à l'art. 15 pour invalider un acte précis et isolé antérieur à la *Charte*, savoir une déclaration de culpabilité particulière.

When, as is the case here, the appellant claims a continuing current violation of her liberty interest, it is the duty of the courts to consider her *Charter* claim and, in the context of that claim, to consider pre-*Charter* history to the extent it explains or contributes to what is alleged to be a current *Charter* violation. This is especially true when the pre-*Charter* history is alleged to include unlawful conduct on the part of the Crown. . . . In the case at hand the overwhelming significant fact is that the applicant was not "properly convicted and sentenced". She was convicted and sentenced under the wrong law. In short this is not a case in which an applicant is trying to avoid having the law as it existed at the time of the offence applied to him or her. It is the very opposite. The appellant has not had the proper law applied to her situation, nor can she have it now.

This unlawfulness is part of the pre-*Charter* history, indeed a very significant part of it and has, in the appellant's submissions, largely contributed to her current continuing unconstitutional detention.

In *Gamble*, the appellant was convicted of first degree murder under section 214 of the *Criminal Code* [R.S.C. 1970, c. C-34, as am. by R.S.C. 1970, c. C-35, s. 4(1); S.C. 1973-74, c. 38, ss. 2, 10, 11; 1974-75-76, c. 105, s. 4]. On appeal it was determined that she should have been tried under the old provisions of the Code that were in force at the time the offence was committed. However, because transitional provisions passed when the Code was amended dictated that the sentence received by the appellant would be the same in any event, the Court of Appeal found that there was no miscarriage of justice. The appellant then argued before the Supreme Court that she was suffering a continuing deprivation of liberty in the form of extended parole ineligibility contrary to the principle of fundamental justice that an accused person must be tried and punished under the law in force at the time an offence is committed. This "unlawfulness," as noted in the passage quoted above, was critical to the success of her argument.

I am not convinced that the Charter is applicable here. The history of the Canadian citizenship legislation shows that on January 1, 1947 persons born outside of Canada to Canadian fathers and unwed

Lorsque, comme en l'espèce, l'appelante prétend qu'il y a actuellement violation continue de son droit à la liberté, les tribunaux se doivent d'examiner sa demande fondée sur la *Charte* et, dans le cadre de cette demande, d'examiner les événements antérieurs à la *Charte* dans la mesure où ils expliquent ce qui constituerait une violation actuelle de la *Charte* ou y contribuent. Cela est particulièrement vrai lorsqu'on allègue que les événements antérieurs à la *Charte* incluent un comportement illicite de la part du ministère public. . . . Dans la présente affaire, le fait le plus significatif est que la requérante n'a pas été «régulièrement déclarée coupable et condamnée». Elle a été déclarée coupable et condamnée en vertu de la mauvaise loi. En bref, il ne s'agit pas ici d'un cas où le requérant tente d'éviter que la loi qui existait au moment de l'infraction lui soit appliquée. C'est exactement le contraire. La bonne loi n'a pas été appliquée au cas de l'appelante et elle ne peut, non plus, l'être maintenant.

Ce caractère illicite fait partie des événements antérieurs à la *Charte* et représente en fait une partie fort importante de ceux-ci, et il a, soutient l'appelante, largement contribué à la continuation inconstitutionnelle de sa détention.

Dans l'arrêt *Gamble*, l'appelante avait été reconnue coupable de meurtre au premier degré conformément à l'article 214 du *Code criminel* [S.R.C. 1970, chap. C-34, mod. par S.R.C. 1970, chap. C-35, art. 4(1); S.C. 1973-74, chap. 38, art. 2, 10, 11; 1974-75-76, chap. 105, art. 4]. En appel, il a été déterminé qu'elle aurait dû être jugée selon les anciennes dispositions du Code qui étaient en vigueur au moment où l'acte criminel avait été commis. Cependant, puisque selon les dispositions transitoires adoptées lorsque le Code avait été modifié, la peine imposée à l'appelante serait la même en tout état de cause, la Cour d'appel a conclu qu'il n'y avait pas erreur judiciaire fondamentale. L'appelante a alors soutenu devant la Cour suprême qu'elle était victime d'une perte continue de liberté en raison de son inadmissibilité prolongée à la libération conditionnelle contrairement à la règle de justice fondamentale selon laquelle l'inculpé doit être jugé et puni en application du droit en vigueur au moment de la perpétration de l'infraction. Ce «caractère illicite», comme le souligne le passage précité, était essentiel à l'admissibilité de sa prétention.

Je ne suis pas convaincu que la Charte s'applique en l'espèce. L'historique de la législation canadienne sur la citoyenneté nous montre que le 1^{er} janvier 1947, les personnes nées à l'étranger de pères cana-

Canadian mothers were considered to be natural born citizens. Effective February 15, 1977, Parliament provided that all individuals born outside Canada after that date to a Canadian parent would be considered to be Canadian citizens. The individuals who had benefitted by the earlier legislation continued to be so benefitted but Parliament further provided that individuals born outside Canada to Canadian mothers (in wedlock) prior to February 15, 1977 could apply under paragraph 5(2)(b) to be granted citizenship status on a preferential basis.

In essence, the applicant is asking this Court to consider whether the preferential treatment accorded to individuals born outside Canada between January 1, 1946 and February 15, 1977 to Canadian mothers (in wedlock) goes far enough to comply with rights currently recognized by the Charter. There is no question that the extension of the entitlement to claim citizenship through parental heritage since the effective date of the 1977 *Citizenship Act* is not contrary to the Charter. What is at issue, however, is the extent of the rights granted retroactively to those individuals not covered by the repealed 1947 *Citizenship Act* which was effective until February 15, 1977.

The Charter is clearly not intended to apply retrospectively and subsection 15(1) particularly was not intended to have effect until April 17, 1985. The difficulty here arises because the applicant's citizenship application was delayed post-Charter in 1990. However, the citizenship legislation provides that the date of the applicant's birth is the date by which his eligibility for preferred Canadian citizenship status is determined and the "discrete event" at issue, therefore, is whether the date of his birth is pre- or post-February 14, 1977. Although I could agree that a continuing discriminatory practice under section 15 would generally not involve a retrospective application of the Charter, on these facts, a continuing discriminatory practice does not exist. In fact, the allegedly discriminatory practice was clearly rectified effective February 14, 1977. Furthermore, I would distinguish the majority decision in *Gamble* on the basis that the 1947 *Citizenship Act* was valid federal legislation and that there is no "unlawfulness" evi-

diens et de mères célibataires canadiennes étaient considérées citoyens canadiens de naissance. À compter du 15 février 1977, le législateur a prévu que toutes les personnes nées à l'étranger après cette date d'un parent canadien seraient considérées citoyens canadiens. Ceux qui bénéficiaient alors de l'ancienne loi continuaient de le faire, mais le législateur a en outre prévu que les personnes nées à l'étranger du mariage de leur mère canadienne avant le 15 février 1977 pouvaient, en invoquant l'alinéa 5(2)b), demander que la citoyenneté canadienne leur soit accordée de façon préférentielle.

Essentiellement, le requérant demande à cette Cour de déterminer si le traitement préférentiel accordé aux personnes nées à l'étranger entre le 1^{er} janvier 1946 et le 15 février 1977 du mariage de leur mère canadienne va suffisamment loin pour respecter les droits actuellement reconnus par la Charte. Il ne fait aucun doute que l'extension du droit d'un individu depuis la date d'entrée en vigueur de la *Loi sur la citoyenneté* de 1977, de réclamer la citoyenneté canadienne en raison de ses antécédents parentaux n'est pas contraire à la Charte. Ce qui est contesté, toutefois, c'est l'étendue des droits accordés rétroactivement aux personnes non visées par la *Loi sur la citoyenneté* de 1947, abrogée, qui s'appliquait jusqu'au 15 février 1977.

Il est clair que la Charte n'est pas censée s'appliquer rétrospectivement et que le paragraphe 15(1) en particulier ne devait pas avoir effet avant le 17 avril 1985. La difficulté tient ici au fait que la demande de citoyenneté du requérant a été mise en suspens après la Charte en 1990. Cependant, la loi sur la citoyenneté prévoit que la date de naissance du requérant est celle en vertu de laquelle est déterminée son admissibilité à la citoyenneté canadienne de façon préférentielle, et l'«événement précis et isolé» contesté tient donc à savoir si la date de sa naissance se situe avant ou après le 14 février 1977. Bien que je puisse convenir qu'une pratique discriminatoire continue visée à l'article 15 n'impliquerait généralement pas l'application rétrospective de la Charte, selon les faits de l'espèce, il n'y a pas pratique discriminatoire continue. De fait, la pratique discriminatoire alléguée a clairement été rectifiée à partir du 14 février 1977. En outre, je ferais une distinction avec la décision de la majorité dans l'arrêt *Gamble* au motif que la *Loi sur*

dent in the pre-Charter history in these circumstances.

This application should, therefore, be dismissed. However, in the event that I am not correct on this point, I will consider whether Charter rights have been infringed in this instance.

2. Does the application process under paragraph 5(2)(b) of the *Citizenship Act* violate section 7 or paragraph 11(d) of the Charter?

I accept the respondents' submission that, based on the jurisprudence to date, section 7 of the Charter does not include a guaranteed right to citizenship and I accept that section 7 is not violated in this instance. It is also my view that the delay imposed by section 22 in this non-criminal process does not infringe paragraph 11(d) of the Charter. In *In re Citizenship Act and in re Noailles*, [1985] 1 F.C. 852 (T.D.), Dubé J. held that the dismissal of the appellant's application for citizenship on the basis of subsection 20(2) on the ground that he was convicted of an indictable offence during the three-year period immediately preceding the date of his application did not violate his paragraph 11(h) Charter right not to be punished again for the same offence. He stated [at pages 854-855]:

The general purport of the *Citizenship Act* clearly indicates that the proceeding by which an individual asks the State to confer on him the privilege of becoming one of its citizens is a civil proceeding. The statute does not regard such a person as someone charged with an offence, does not try him again and does not punish him again.

[T]he dismissal of his application for citizenship is not a second penalty imposed on him but a civil consequence of his indictable offence.

After all, Canada has the right to protect itself by denying the privilege of citizenship to someone who does not meet the criteria legitimately established by an Act of Parliament. It is quite just and reasonable that no one should be able to receive citizenship if during the three-year period immediately preceding his application he has been convicted of any offence or of an indictable offence under any Act of Parliament.

la *citoyenneté* de 1947 était une loi fédérale valide et qu'aucun «caractère illicite» ne ressort des antécédents législatifs antérieurs à la Charte dans ces circonstances.

a

La demande devrait par conséquent être rejetée. Cependant, au cas où je n'aurais pas raison sur ce point, je vais examiner si les droits garantis par la Charte ont été violés en l'espèce.

b

2. Le processus applicable à la demande prévu à l'alinéa 5(2)(b) de la *Loi sur la citoyenneté* viole-t-il l'article 7 ou l'alinéa 11d) de la Charte?

c

Je fais droit à l'observation des intimés selon laquelle, d'après la jurisprudence établie jusqu'à maintenant, l'article 7 ne garantit pas le droit à la citoyenneté, et je conviens qu'il n'y a pas violation de l'article 7 en l'espèce. Je suis aussi d'avis que le délai imposé par l'article 22 dans ce processus non criminel n'enfreint pas l'alinéa 11d) de la Charte. Dans l'arrêt *Affaire intéressant la Loi sur la citoyenneté et Noailles*, [1985] 1 C.F. 852 (1^{re} inst.), le juge Dubé a conclu que le rejet de la demande de citoyenneté de l'appelant fondé sur le paragraphe 20(2) au motif qu'il avait été reconnu coupable d'un acte criminel au cours des trois années précédant immédiatement la date de sa demande ne violait pas le droit que lui reconnaît l'alinéa 11h) de la Charte de n'être pas puni de nouveau à l'égard de la même infraction. Il a dit (aux pages 854 et 855):

d

e

f

g

L'économie de la *Loi sur la citoyenneté* indique clairement que la procédure aux termes de laquelle une personne demande à l'état de lui reconnaître le privilège de devenir un de ses citoyens est une procédure de nature civile. Cette loi ne considère pas une telle personne comme un inculpé, ne la juge pas de nouveau et ne la punit pas de nouveau.

h

[L]e rejet de sa demande de citoyenneté n'est pas une deuxième peine qu'on lui inflige mais une conséquence civile de son acte criminel.

i

Après tout, l'état canadien a le droit de se protéger en refusant le privilège de la citoyenneté à celui qui ne répond pas aux critères légitimement établis par une loi du Parlement. Il est tout à fait juste et raisonnable que nul ne puisse recevoir la citoyenneté si au cours des trois années précédant sa demande il a été déclaré coupable d'une infraction, ou d'un acte criminel prévu par une loi du Parlement.

j

3. Does the application process under paragraph 5(2)(b) of the *Citizenship Act* violate subsection 15(1) of the Charter?

The test to determine whether subsection 15(1) of the Charter has been breached has been set out by Mr. Justice McIntyre in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143 and affirmed by Madame Justice Wilson in *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296. A breach occurs when:

- (a) the distinction created by the impugned provision results in a violation of one of the equality rights; and,
- (b) the violation of the right is discriminatory in its purpose or effect.

(a) Does the distinction result in a violation of an equality right?

In *Turpin*, Wilson J. discussed the nature of the equality rights (at page 1329):

The guarantee of equality before the law is designed to advance the value that all persons be subject to the equal demands and burdens of the law and not suffer any greater disability in the substance and application of the law than others.

On behalf of the Court, she found (at pages 1329-1330) that section 430 of the *Criminal Code*, which allows an accused charged with an indictable offence in Alberta to be tried by a judge alone, denies accused persons charged elsewhere than in Alberta equal benefit of the law:

... I would conclude that the impugned provisions deny the appellants equality before the law. The appellants wish to be tried by a judge alone but they are precluded from receiving such a trial by the combined force of ss. 427 and 429 of the *Criminal Code*. Section 430 of the *Criminal Code*, on the other hand, permits those charged with the same offence in Alberta to be tried by a judge alone. The appellants are accordingly denied an opportunity which is available to others, a denial which ... could work to the disadvantage of the appellants.

In short, the impugned provisions of the *Criminal Code* treat the appellants and those charged with the offences listed in s. 427 more harshly than those charged with the same offences in the province of Alberta who, because of s. 430, have an opportunity to be tried by a judge alone if they deem this to be to their advantage. I would conclude, therefore, that the appellant's right to equality before the law has been violated.

3. Le processus applicable à la demande prévu à l'alinéa 5(2)b) de la *Loi sur la citoyenneté* viole-t-il le paragraphe 15(1) de la Charte?

Le critère applicable lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a eu violation du paragraphe 15(1) de la Charte a été exposé par le juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143 et confirmé par madame le juge Wilson dans l'arrêt *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296. Il y a violation lorsque:

- a) la distinction créée par la disposition contestée a pour conséquence la violation de l'un des droits à l'égalité; et
- b) la violation du droit a un objectif ou un effet discriminatoire.

a) La distinction a-t-elle pour conséquence la violation d'un droit à l'égalité?

Dans l'arrêt *Turpin*, le juge Wilson a discuté de la nature des droits à l'égalité (à la page 1329):

La garantie d'égalité devant la loi vise à promouvoir la valeur selon laquelle toutes les personnes sont sujettes aux mêmes exigences et aux mêmes obligations de la loi et nul ne doit subir un désavantage plus grand que les autres en raison du fond ou de l'application de la loi.

Au nom de la Cour, le juge Wilson a conclu (aux pages 1329 et 1330) que l'article 430 du *Code criminel*, qui permet à l'inculpé accusé d'un acte criminel en Alberta d'être jugé devant un juge seul, prive les inculpés accusés ailleurs que dans cette province du même bénéfice de la loi:

... je suis d'avis de conclure que les dispositions contestées portent atteinte à l'égalité des appelants devant la loi. Les appelants veulent subir un procès devant un juge seul, mais ils en sont empêchés à cause de l'effet conjugué des art. 427 et 429 du *Code criminel*. D'autre part, l'art. 430 du *Code criminel* permet aux personnes accusées de la même infraction en Alberta d'être jugées devant un juge seul. En conséquence, les appelants sont privés de la possibilité de se prévaloir de ce qui est accessible aux autres, privation qui peut défavoriser les appelants ...

En résumé, les dispositions contestées du *Code criminel* traitent les appelants et ceux qui sont accusés des infractions énumérées à l'art. 427 plus durement que les personnes accusées des mêmes infractions dans la province d'Alberta qui, à cause de l'art. 430, ont la possibilité de choisir de subir leur procès devant un juge seul si elles croient que cela est à leur avantage. Je suis donc d'avis de conclure que le droit des appelants à l'égalité devant la loi a été violé.

However, she did not find that section 430 was “discriminatory” in effect (at pages 1332-1333):

The appellants claim that because they are accused of one of the indictable offences listed in s. 427 of the *Criminal Code* but do not have an opportunity, as do persons charged with the same offence in Alberta, to be tried by a judge alone, they are victims of discrimination. I disagree. In my respectful view, it would be stretching the imagination to characterize persons accused of one of the crimes listed in s. 427 of the *Criminal Code* in all the provinces except Alberta as members of a “discrete and insular minority.”

In *R. v. S. (S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254, a distinction based on the *situs* of an offence was at issue. The Court determined that the substantive distinction was geographic in that it was based upon the province of residence of a young offender. It was considered to be a “legal disadvantage” and failed the first stage of the subsection 15(1) test. Again, however, this distinction was not found to be “discriminatory” under the second stage of the subsection 15(1) test.

Here, unlike those individuals born outside Canada to a Canadian parent after February 14, 1977 and those born prior to February 14, 1977 with Canadian fathers or unwed Canadian mothers who are considered to be “natural-born Canadian citizens” if their birth is registered within established time frames, the applicant must make an application under paragraph 5(2)(b) to obtain Canadian citizenship. In so doing, he is subject to taking the oath of citizenship and to section 22 of the *Citizenship Act*. Here, as a consequence of criminal charges outstanding against him and the application of section 22, the applicant’s application for citizenship is delayed. The preferential treatment granted to aliens in the position of the applicant, therefore, does not extend as far as the preferential treatment accorded to other individuals born outside Canada prior to February 14, 1977 to Canadian fathers or unwed Canadian mothers and individuals born after February 14, 1977 to a Canadian parent. Based on the seemingly very low threshold in *Turpin*, I accept, for the purposes of this application, that the applicant is denied equal benefit of the law.

Cependant, elle n’a pas conclu que l’article 430 avait un effet «discriminatoire» (aux pages 1332 et 1333):

Les appelants soutiennent qu’ils sont victimes de discrimination parce qu’ils sont accusés d’un des actes criminels énumérés à l’art. 427 du *Code criminel* et qu’ils n’ont pas la possibilité, comme l’ont les personnes accusées de la même infraction en Alberta, de subir un procès devant un juge seul. Je ne suis pas de cet avis. Je crois, en toute déférence, que ce serait tomber dans la fantaisie que de qualifier de «minorité discrète et isolée» les personnes qui, dans toutes les provinces sauf l’Alberta, sont accusées de l’un des crimes énumérés à l’art. 427 du *Code criminel*.

Dans l’arrêt *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254, une distinction fondée sur le *situs* de l’infraction était contestée. La Cour a conclu que la distinction était géographique et qu’elle se fondait sur la province où résidait le jeune contrevenant. Elle était considérée comme «défavorisant sur le plan juridique» les jeunes contrevenants et comme ne satisfaisant pas à la première exigence du critère que pose le paragraphe 15(1). Encore une fois, cependant, cette distinction n’a pas été jugée «discriminatoire» selon la seconde exigence du critère prévu par le paragraphe 15(1).

En l’espèce, contrairement aux personnes nées à l’étranger d’un parent canadien après le 14 février 1977 et à celles qui sont nées avant le 14 février 1977 de père canadien ou d’une mère canadienne célibataire, qui sont considérées être «citoyens canadiens de naissance» si leur naissance a été enregistrée dans les délais impartis, le requérant doit faire une demande conformément à l’alinéa 5(2)b) pour obtenir la citoyenneté canadienne. En remplissant cette formalité, il est assujéti à la prestation du serment de citoyenneté et à l’application de l’article 22 de la *Loi sur la citoyenneté*. En l’espèce, en raison des accusations de nature criminelle portées contre lui et de l’application de l’article 22, la demande de citoyenneté du requérant est mise en suspens. Le traitement préférentiel accordé aux étrangers dans la situation du requérant ne va donc pas aussi loin que le traitement préférentiel accordé aux autres personnes nées à l’étranger avant le 14 février 1977 de père canadien ou de mère canadienne célibataire et aux personnes nées après le 14 février 1977 d’un parent canadien. En me fondant sur ce qui semble être le critère peu exigeant de l’arrêt *Turpin*, je veux bien convenir, pour les fins de cette demande, que

(b) Is the denial of equal benefit of the law discriminatory in its purpose or effect?

A subsection 15(1) breach occurs when a distinction created by the impugned legislation results in a violation of one of the equality rights and it is discriminatory in its purpose or effect. McIntyre J. in *Andrews* noted that section 15 “is not a general guarantee of equality” and he stated [at pages 168-169]:

It is not every distinction or differentiation in treatment at law which will transgress the equality guarantees of s.15 of the Charter. It is, of course, obvious that legislatures may—and to govern effectively—must treat different individuals and groups in different ways. Indeed, such distinctions are one of the main preoccupations of legislatures. The classifying of individuals and groups, the making of different provisions respecting such groups, the application of different rules, regulations, requirements and qualifications to different persons is necessary for the governance of modern society. [Emphasis added.]

He also recognized that the Charter was not intended to eliminate all distinctions but only those that were not acceptable under subsection 15(1) and he defined “discrimination” (at pages 174-175) as follows:

I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual’s merits and capacities will rarely be so classed. [Emphasis added.]

An unacceptable distinction, therefore, must be related to one of the personal characteristics enumerated in subsection 15(1) or one that is analogous to the enumerated grounds before it will offend subsection 15(1).

I note that paragraph 3(1)(b) of the 1977 *Citizenship Act* provides that everyone born outside Canada after February 15, 1977 to a parent who at the time of

l’on a refusé à la partie requérante le même bénéfice de la loi.

b) Le déni du même bénéfice de la loi a-t-il un objectif ou un effet discriminatoire?

Il y a violation du paragraphe 15(1) lorsqu’une distinction créée par la mesure législative contestée est cause de la violation de l’un des droits à l’égalité et qu’elle a un objet ou un effet discriminatoire. Le juge McIntyre a souligné dans l’arrêt *Andrews* que l’article 15 n’offre pas «une garantie générale d’égalité» et il a dit (aux pages 168 et 169):

Ce ne sont pas toutes les distinctions ou différences de traitement devant la loi qui portent atteinte aux garanties d’égalité de l’art. 15 de la Charte. Il est certes évident que les législatures peuvent et, pour gouverner efficacement, doivent traiter des individus ou des groupes différents de façon différentes. En effet, de telles distinctions représentent l’une des principales préoccupations des législatures. La classification des individus et des groupes, la rédaction de différentes dispositions concernant de tels groupes, l’application de règles, de règlements, d’exigences et de qualifications différents à des personnes différentes sont nécessaires pour gouverner la société moderne. [C’est moi qui souligne.]

Il a aussi reconnu que la Charte n’était pas censée éliminer toutes les distinctions, mais seulement celles qui ne sont pas acceptables en vertu du paragraphe 15(1), et il a défini comme suit le mot «discrimination» (aux pages 174 et 175):

J’affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d’un individu ou d’un groupe d’individus, qui a pour effet d’imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d’autres ou d’empêcher ou de restreindre l’accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d’autres membres de la société. Les distinctions fondés sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d’un individu le sont rarement. [C’est moi qui souligne.]

Par conséquent, pour violer le paragraphe 15(1), une distinction inacceptable doit se rattacher à une des caractéristiques personnelles énumérées au paragraphe 15(1) ou à une caractéristique analogue aux motifs énumérés.

Je souligne que l’alinéa 3(1)(b) de la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 prévoit que toute personne née à l’étranger après le 15 février 1977 d’un parent ayant

his birth was a citizen is a Canadian citizen and that any potential conflict with subsection 15(1) of the Charter has from the effective date of the Act been resolved. Paragraph 5(2)(b) was also enacted at that time to accord to individuals such as the applicant the opportunity to obtain Canadian citizenship on a preferential basis. In *Benner*, Mahoney J.A. for the Court observed that [at page 251]:

Parliament seems, by s. 5(2)(b) of the *Citizenship Act*, to have anticipated and provided for the speedy and economical resolution of precisely the problem the applicant wishes the Court to deal with.

It is evident then that, with the passage of the 1977 *Citizenship Act*, Parliament chose to grant preferred access to Canadian citizenship to all individuals born to a Canadian parent from its effective date, February 14, 1977. This, of course, resulted in the establishment of different groups based on a temporal demarcation. This type of "line drawing," however, is clearly within the authority of Parliament and has occurred on many occasions, notably with respect to income tax, unemployment insurance and other benefits legislation. In the 1977 *Citizenship Act* Parliament chose as well to extend a limited preferential access to a group of persons previously denied such treatment. This, too, is a decision that Parliament is competent to make. In *Orantes*, Muldoon J. commented on the authority of Parliament to make distinctions such as those found in paragraph 19(1)(b) of the *Immigration Act* which allegedly discriminated against the applicant on the basis of age contrary to subsection 15(1) of the Charter. He stated [at page 188]:

This nation is a parliamentary democracy, which means that the elected tribunes of the people are those who must lawfully enact the legislation. It means that Parliament, by legislation under the rule of law, may choose which foreigners, if any, may be legally admitted for permanent residence in Canada. It means that if parliamentary democracy is to survive in Canada, Parliament must make those choices and not become helpless in the face of asserted entries by aliens, no matter how sympathetic their cases, like the applicant's case. It takes a certain degree of intellectual toughness to support the principles of parliamentary democracy in face of various individuals who seek migration into Canada against the will of the democrati-

la qualité de citoyen au moment de sa naissance a elle aussi qualité de citoyen canadien, et que toute incompatibilité possible avec le paragraphe 15(1) de la Charte a été effacée depuis l'entrée en vigueur de la Loi. L'alinéa 5(2) b) a aussi été adopté à cette époque pour accorder aux personnes comme la partie requérante la possibilité d'obtenir la citoyenneté canadienne de façon préférentielle. Dans l'arrêt *Benner*, le juge Mahoney a observé pour le compte de la Section d'appel [à la page 251]:

Le Parlement, en adoptant l'alinéa 5(2)(b) de la *Loi sur la citoyenneté*, semble avoir anticipé le problème précis que le requérant souhaite voir régler par la Cour et avoir prévu à son égard des dispositions qui permettent de le solutionner de façon rapide et économique.

Il est évident que le Parlement a décidé, en adoptant la *Loi de sur la citoyenneté* de 1977, de faciliter l'obtention de la citoyenneté canadienne à toutes les personnes nées d'un parent canadien à compter de son entrée en vigueur, le 14 février 1977. Cette disposition a évidemment créé différents groupes en fonction d'une limite dans le temps. Cette «ligne de démarcation» relève toutefois clairement de la compétence du Parlement et on la retrouve à maintes reprises, notamment en matière d'impôt sur le revenu, d'assurance-chômage et d'autres lois accordant des prestations. Dans la *Loi sur la citoyenneté* de 1977, le législateur a décidé aussi d'offrir un accès préférentiel limité à un groupe de personnes privées jusqu'alors de cet avantage. C'est là aussi une décision que peut prendre le législateur. Dans l'arrêt *Orantes*, le juge Muldoon a fait des commentaires sur la compétence qu'a le législateur de faire des distinctions comme celle que l'on trouve à l'alinéa 19(1)(b) de la *Loi sur l'immigration* et qui seraient cause de discrimination à l'endroit du requérant en raison de l'âge, contrairement au paragraphe 15(1) de la Charte. Il a déclaré ce qui suit [à la page 180]:

Notre pays est doté d'un régime de démocratie parlementaire, ce qui signifie que le pouvoir d'édicter des lois est dévolu aux représentants élus du peuple. Cela signifie que par les lois qu'il adopte en vertu de la primauté du droit, le Parlement peut, le cas échéant, choisir quels étrangers peuvent être légalement admis à la résidence permanente au Canada. Cela signifie que, pour que la démocratie parlementaire puisse survivre au Canada, le Parlement doit faire ce genre de choix et ne pas devenir impuissant devant les revendications d'autorisation de séjour formulées par des étrangers, peu importe la compassion que peut inspirer leur cas, comme celui du requérant. Il faut une certaine dose de ténacité intellectuelle pour appuyer les

cally elected representatives of the people (not to disparage the Senate of Canada). If the **Charter** be interpreted in such a manner as to obviate the will of Parliament in a manner such as this, it is the sort of frustration which would ultimately destroy national government by amputating the lawful means of governance.

It has been clearly recognized by the Supreme Court of Canada that when considering equality considerations under the Charter, “[c]onsideration must be given to the content of the law, to its purpose, and its impact upon those to whom it applies, and also upon those whom it excludes from its application”: McIntyre J. in *Andrews* [at page 168]. Similarly, Wilson J. in *Turpin* [at page 1331] stated that “[i]n determining whether there is discrimination on grounds relating to the personal characteristics of the individual or group, it is important to look not only at the impugned legislation which has created a distinction that violates the right to equality but also to the larger social, political and legal context.”

When it amended the citizenship legislation, Parliament clearly considered “the social and political setting” and determined that an application procedure, subject to an oath requirement, would adequately protect the rights of the existing citizenry and at the same time, extend preferential status to individuals like the applicant. Therefore, although a “distinction” exists between the group of individuals previously entitled to preferential citizenship status before February 14, 1977 and those who were conferred a more limited right to preferred citizenship if born before the effective date of the new legislation, this distinction is not based upon the personal characteristics of the individuals. Rather, it is based on their merits and capacities and, in any event, it cannot be said that it is based on irrelevant personal differences.

The distinction suffered by the applicant in this instance is that his application for citizenship is delayed. As in *Turpin* and *S. (S.)*, it may be considered to be a disadvantage but, again as in those cases, it is not discriminatory. The applicant and all others subject to paragraph 5(2)(b) are treated equally be they male, female, married or unmarried. The only

principes de la démocratie parlementaire devant les diverses personnes qui cherchent à immigrer au Canada contre la volonté des représentants démocratiquement élus du peuple (sans vouloir déprécier le Sénat canadien). Si l’on interprète la **Charte** de manière à se dérober à la volonté du Parlement sur une question comme celle-ci, on finit par détruire le gouvernement national en l’amputant des moyens légitimes de gouverner dont il dispose.

La Cour suprême du Canada a reconnu sans équivoque que dans l’étude des questions d’égalité soulevées en vertu de la Charte, «[i]l faut tenir compte du contenu de la loi, de son objet et de son effet sur ceux qu’elle vise, de même que sur ceux qu’elle exclut de son champ d’application»: le juge McIntyre, dans l’arrêt *Andrews* [à la page 168]. De la même façon, le juge Wilson a déclaré dans l’arrêt *Turpin* [à la page 1331] que «[p]our déterminer s’il y a une discrimination pour des motifs liés à des caractéristiques personnelles d’un individu ou d’un groupe d’individus, il importe d’examiner non seulement la disposition législative contestée qui établit une distinction contraire au droit à l’égalité, mais aussi d’examiner l’ensemble des contextes social, politique et juridique».

Lorsqu’il a modifié la loi sur la citoyenneté, le Parlement a clairement considéré «les contextes social et politique» et il a conclu qu’un processus de demande, sujet à l’exigence du serment, protégerait adéquatement les droits des citoyens existants tout en donnant un statut préférentiel aux personnes telles que le requérant. Par conséquent, bien qu’il existe une «distinction» entre le groupe de personnes qui avaient auparavant droit d’obtenir la citoyenneté de façon préférentielle avant le 14 février 1977 et ceux à qui on a conféré un droit préférentiel plus restreint à la citoyenneté s’ils sont nés avant la date d’entrée en vigueur de la nouvelle loi, cette distinction n’est pas fondée sur les caractéristiques personnelles des individus concernés. Elle tient plutôt à leurs mérites et à leurs capacités et, en tout état de cause, on ne saurait dire qu’elle s’appuie sur des distinctions personnelles non pertinentes.

La distinction dont fait l’objet le requérant en l’espèce tient à ce que sa demande de citoyenneté est mise en suspens. Comme ce fut le cas dans les affaires *Turpin* et *S. (S.)* cela peut être considéré comme un désavantage mais, comme ce fut aussi le cas dans ces affaires, ce n’est pas discriminatoire. Le requérant aussi bien que toutes les autres personnes

distinction that they share is that they were born prior to February 14, 1977 and that they were not granted a preferred status under the previous citizenship legislation.

Accordingly, I conclude that the disadvantage suffered by the applicant is not discriminatory in its purpose or effect and that it does not violate subsection 15(1) of the Charter.

4. Is the distinction justified under section 1 of the Charter?

In the light of my decision with respect to subsection 15(1), section 7 and paragraph 11(d) I need not consider any section 1 analysis. However, I include the following comments of Mr. Justice McIntyre in *Andrews* [at pages 185-186] to further support my position.

The s. 15(1) guarantee is the broadest of all guarantees. It applies to and supports all other rights guaranteed by the *Charter*. However, it must be recognized that Parliament and the legislatures have a right and a duty to make laws for the whole community: in this process, they must make innumerable legislative distinctions and categorizations in the pursuit of the role of government. When making distinctions between groups and individuals to achieve desirable social goals, it will rarely be possible to say of any legislative distinction that it is clearly the right legislative choice or that it is clearly a wrong one. As stated by the [then] Chief Justice in *R. v. Edwards Books & Art Ltd.*, at pp. 781-782:

A "reasonable limit" is one which, having regard to the principles enunciated in *Oakes*, it was reasonable for the legislature to impose. The courts are not called upon to substitute judicial opinions for legislative ones as to the place at which to draw a precise line.

In dealing with the many problems that arise, legislatures must not be held to the standard of perfection, for in such matters perfection is unattainable. I would repeat the words of my colleague, La Forest J., in *R. v. Edwards Books & Art Ltd.*, at p. 795:

By the foregoing, I do not mean to suggest that this court should, as a general rule, defer to legislative judgments when those judgments trench upon rights considered fundamental in a free and democratic society. Quite the contrary, I would have thought the *Charter* established the opposite regime. On the other hand, having accepted the importance of the legislative objective, one must in the present context recognize that if the legislative goal is to be achieved, it will inevitably be achieved to the detriment of some. Moreover, attempts to protect the

visées par l'alinéa 5(2)b) sont traitées de façon égale, qu'elles soient du sexe masculin ou féminin, mariées ou célibataires. La seule caractéristique qu'elles ont en commun, c'est qu'elles sont nées avant le 14 février 1977 et qu'on ne leur avait pas accordé un statut préférentiel sous le régime de la loi sur la citoyenneté antérieure.

Conséquemment, je conclus que le désavantage dont souffre le requérant n'a pas un objet ni un effet discriminatoires et qu'il ne viole pas le paragraphe 15(1) de la Charte.

4. La distinction est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte?

Étant donné ma décision à l'égard du paragraphe 15(1), de l'article 7 et de l'alinéa 11d), je n'ai pas à me livrer à une analyse fondée sur l'article premier. Je cite toutefois les remarques suivantes du juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews* (aux pages 185 et 186] à l'appui de ma position.

La garantie offerte par le par. 15(1) est la plus générale de toutes. Elle s'applique et sert d'appui à tous les autres droits garantis par la *Charte*. Il faut cependant reconnaître que le Parlement et les législatures ont le pouvoir et le devoir d'adopter des lois pour l'ensemble de la collectivité: ce faisant, ils doivent établir d'innombrables distinctions et catégorisations législatives en remplissant leur rôle de gouvernement. En établissant des distinctions entre des groupes et des individus en vue d'atteindre des objectifs sociaux souhaitables, il sera rarement possible de dire d'une distinction législative qu'elle constitue clairement le bon choix législatif ou le mauvais. Comme l'affirme le Juge en chef dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, aux pp. 781 et 782:

Une «limite raisonnable» est une limite qui, compte tenu des principes énoncés dans l'arrêt *Oakes*, pouvait être raisonnablement imposée par le législateur. Les tribunaux ne sont pas appelés à substituer des opinions judiciaires à celles du législateur quant à l'endroit où tracer une ligne de démarcation.

Pour traiter les nombreux problèmes qui se présentent, la perfection ne peut être exigée du législateur puisqu'en ces matières elle n'existe pas. Je reprends les propos tenus par mon collègue le juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, à la p. 795:

Par là, je ne veux pas laisser entendre que la Cour devrait, en règle générale, s'en remettre au bon jugement du législateur lorsque celui-ci porte atteinte à des droits considérés comme fondamentaux dans le cadre d'une société libre et démocratique. Bien au contraire, j'aurais pensé que la *Charte* établit le régime opposé. D'autre part, ayant reconnu l'importance de l'objectif du législateur en l'espèce, on se doit dans le présent contexte de reconnaître que, si l'objectif du législateur doit être atteint, il ne pourra l'être qu'au détriment de certains. En outre,

rights of one group will also inevitably impose burdens on the rights of other groups. There is no perfect scenario in which the rights of all can be equally protected.

In seeking to achieve a goal that is demonstrably justified in a free and democratic society, therefore, a Legislature must be given reasonable room to manoeuvre to meet these conflicting pressures.

CONCLUSION:

The applicant's application is dismissed.

toute tentative de protéger les droits d'un groupe grèvera inévitablement les droits d'autres groupes. Il n'y a pas de scénario parfait qui puisse permettre de protéger également les droits de tous.

Donc, en cherchant à atteindre un objectif dont il est démontré qu'il est justifié dans le cadre d'une société libre et démocratique, le législateur doit disposer d'une marge de manœuvre raisonnable pour répondre à ces pressions opposées.

CONCLUSION:

La demande du requérant est rejetée.

A-279-90

Canadian Olympic Association—Association Olympique Canadienne (Appellant) (Plaintiff)

v.

Konica Canada Inc. (Respondent) (Defendant)

INDEXED AS: CANADIAN OLYMPIC ASSN. v. KONICA CANADA INC. (C.A.)

Court of Appeal, Hugessen, MacGuigan and Linden J.J.A.—Toronto, November 12 and 13; Ottawa, November 22, 1991.

Trade marks — Infringement — Appeal from dismissal of action for permanent injunction — Notice of adoption and use of “Olympic” etc. as official marks in 1980 — Respondent sells films and cameras — As sub-licensee of Guinness, brewer and publisher of Guinness Book of Olympic Records since before 1980, acquired right to publish and distribute own edition thereof prior to 1988 Olympics — Book included in promotional package with film — Trial Judge erred in holding respondent not using appellant’s official marks as trade marks — As essential part of distinguishing guise, “Olympic” used as trade mark — “Olympic” also used as trade mark in association with books, films, and cameras as association between mark and wares so close and so clearly related to sale (deemed use under s. 4) — Guinness only entitled to use “Olympic” as trade mark with respect to beer and books — Licensee limited to same use — Cannot use mark to promote films and cameras.

Constitutional law — Distribution of powers — Trade-marks Act, ss. 9 and 11 prohibitions referring to trade marks or otherwise — Respondent arguing “or otherwise” ultra vires as unlimited in application and could restrict freedom of speech and exercise of civil rights within provinces — Plain words of ss. 9 and 11 in context restricting scope to official marks or one so nearly resembling it as to be likely to be mistaken for it in connection with business.

Copyright — Infringement — Respondent pleading right as licensee to copyright in title Guinness Book of Olympic Records — Nothing in Copyright Act touching disputed right to use “Olympic” as trade mark in association with films and cameras.

A-279-90

Association olympique canadienne—Canadian Olympic Association (appelante) (demanderesse)

a c.

Konica Canada Inc. (intimée) (défenderesse)

RÉPERTORIÉ: ASSOC. OLYMPIQUE CANADIENNE c. KONICA CANADA INC. (C.A.)

Cour d’appel, juges Hugessen, MacGuigan et Linden, J.C.A.—Toronto, 12 et 13 novembre; Ottawa, 22 novembre 1991.

Marques de commerce — Contrefaçon — Appel à l’encontre du rejet d’une action en injonction permanente — Avis de l’adoption et de l’emploi des marques officielles «Olympic», etc. en 1980 — L’intimée vend des pellicules photographiques et des appareils-photos — À titre de titulaire de licence de Guinness, brasseur de bière qui a commencé à publier les Guinness Book of Olympic Records avant 1980, elle a acquis le droit de publier et de distribuer sa propre édition du livre avant les Jeux olympiques de 1988 — Le livre fait partie d’une trousse promotionnelle incluant des rouleaux de pellicules — Le juge de première instance a erronément conclu que l’intimée n’avait pas employé la marque officielle de l’appelante comme marque de commerce — Partie essentielle d’un signe distinctif, le terme «Olympic» était employé comme marque de commerce — La liaison entre la marque et les marchandises est si étroite et si nettement reliée à leur vente que le terme «Olympic» est aussi utilisé comme une marque de commerce en liaison avec des livres, des pellicules photographiques et des appareils-photos (usage présumé en vertu de l’art. 4) — Guinness ne détient que le droit d’employer la marque de commerce «Olympic» en liaison avec de la bière et des livres — Le titulaire de la licence est visé par la même restriction — Il ne peut employer la marque pour la promotion des pellicules et des appareils-photos.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Les prohibitions des art. 9 et 11 de la Loi sur les marques de commerce visent l’adoption comme marque de commerce ou autrement — L’intimée allègue que les termes «ou autrement» sont inconstitutionnels puisque leur application est illimitée et qu’ils peuvent restreindre la liberté d’expression et l’exercice de droits civils dans les provinces — Le libellé clair des art. 9 et 11 dans leur contexte limite la portée à l’emploi d’une marque officielle ou d’une marque qui lui ressemble à un point tel qu’on pourrait vraisemblablement la confondre avec elle relativement à une entreprise.

Droit d’auteur — Contrefaçon — L’intimée allègue son droit, en tant que titulaire de licence, au droit d’auteur dans le titre Guinness Book of Olympic Records — Rien dans la Loi sur le droit d’auteur ne touche le droit contesté d’employer le terme «Olympic» comme marque de commerce en liaison avec des pellicules photographiques et des appareils-photos.

This was an appeal from the judgment of Denault J. dismissing an action for a permanent injunction and damages. *Trade-marks Act*, subparagraph 9(1)(n)(iii) prohibits the adoption in connection with a business as a trade mark or otherwise any mark adopted as an official mark in respect of which the Registrar has given public notice. Notice of the adoption and use of "Olympic", "Winter Olympics" and "Summer Olympics" as official marks was given in 1980. Prior vested rights are undisturbed by subsequent adoption and use of a confusingly similar mark. The Guinness Company, brewers of beer, had been publishing the *Guinness Book of Olympic Records* for many years prior to 1980. The respondent sells films and cameras. As a sub-licensee of Guinness, it acquired the right to publish and distribute in Canada its own edition of the *Guinness Book of Olympic Records* which consisted of the entire text of that publication with distinctive Konica spine, front and back covers, and first and last pages. The respondent added to the book advertising and discount coupons for its films and cameras. The book was included in a promotional package, shrink-wrapped with three rolls of Konica film. The package was to be sold as a package of film, with the book as a premium. The appellant obtained an interlocutory injunction prohibiting distribution of the package. The Trial Judge held that the respondent had not used the appellant's official marks as trade marks, but that it had done so "otherwise" and "in connection with a business" so as to bring it within the prohibition of sections 9 and 11. But he dismissed the action on the ground that the adoption and public notification of the appellant's official marks could not have retrospective effect. He held that Guinness, rather than Konica, had adopted the marks.

Held, the appeal should be allowed.

The Trial Judge erred in holding that the respondent had not used "Olympic" as a trade mark. He appears to have overlooked paragraph (c) of the definition under which "trade-mark" can mean a distinguishing guise. "Distinguishing guise" includes a mode of packaging wares, the appearance of which is used to distinguish wares from those of others. As the shrink-wrapped package bound the book and film inseparably together, and given that the words "Olympic Records" are gold and noticeably larger than any other characters on the package, "Olympic" was an essential part of a distinguishing guise used by the respondent to distinguish its wares. Second, and even more important, the publication and distribution of the book, independent of its shrink-wrapped packaging with the film, constituted use of the word "Olympic" as a trade mark. Since the prohibition in both sections 9 and 11 relate to use, it was necessary to look at the definition thereof. There is deemed use in association with wares if, at the time of sale the trade mark is marked on the wares or packages so that notice of the association is given. "Wares" includes printed publications. "Olympic" was therefore used as a trade mark in association with the books—it was marked on the books for the purpose of distinguishing them—but also in association with films and

L'appel porte sur la décision du juge Denault de rejeter une action en injonction permanente et en dommages-intérêts. Le sous-alinéa 9(1)(n)(iii) de la *Loi sur les marques de commerce* interdit l'adoption à l'égard d'une entreprise, comme marque de commerce ou autrement, d'une marque adoptée comme marque officielle à l'égard de laquelle le registraire a donné un avis public. L'avis de l'adoption et de l'emploi des termes «Olympic», «Winter Olympics» et «Summer Olympics» comme marques officielles a été donné en 1980. Les droits acquis antérieurs ne sont pas affectés par l'adoption et l'emploi subséquents d'une marque d'une ressemblance qui jette la confusion. Pendant plusieurs années avant 1980, la Guinness Company, brasseur de bière, a publié les *Guinness Book of Olympic Records*. L'intimée vend des pellicules photographiques et des appareils-photos. À titre de sous-titulaire de licence de Guinness, elle a acquis le droit de publier et de distribuer au Canada sa propre édition du *Guinness Book of Olympic Records* qui reprenait le texte entier de ce livre avec un dos, des plats supérieur et inférieur et la première et dernière pages distinctifs à Konica. L'intimée a ajouté au livre du matériel publicitaire et des bons de réduction pour les pellicules et les appareils-photos. Le livre faisait partie d'une trousse promotionnelle emballée par rétraction sous plastique avec trois rouleaux de pellicule photographique Konica. Cette trousse devait être vendue comme paquet de pellicule photographique ayant le livre comme prime. L'appelante a obtenu une injonction interlocutoire interdisant la distribution du paquet. Le juge de première instance a conclu que l'intimée n'avait pas employé la marque officielle de l'appelant comme une marque de commerce, mais qu'elle l'avait employée «autrement» et «à l'égard d'une entreprise» d'une telle façon qu'elle s'est trouvée visée par la prohibition des articles 9 et 11. Mais il a rejeté l'action au motif que l'adoption et l'avis public des marques officielles de l'appelante ne pouvaient avoir d'effet rétroactif. Il était d'avis que Guinness, et non Konica, avait adopté les marques.

Arrêt: l'appel devrait être accueilli.

Le juge de première instance a commis une erreur en concluant que l'intimée n'avait pas employé le terme «Olympic» comme marque de commerce. Il semble avoir négligé l'alinéa c) de la définition en vertu de laquelle «marque de commerce» inclut un signe distinctif. «Signe distinctif» s'entend aussi d'un mode d'envelopper des marchandises dont la présentation est employée afin de distinguer ses marchandises des autres. Compte tenu que le paquet à emballage par rétraction reliait, sans qu'ils puissent être séparés, le livre et les cartouches de pellicules photographiques et compte tenu que les termes «Olympic Records» sont en or et beaucoup plus gros que tous les autres caractères se trouvant sur le paquet, le terme «Olympic» est une partie essentielle d'un signe distinctif employé par l'intimée afin de distinguer ses marchandises. En deuxième lieu, et ce qui est encore plus important, la publication et la distribution du livre, indépendamment du paquet emballé par rétraction contenant la pellicule, constituent un emploi du terme «Olympic» comme marque de commerce. Puisque la prohibition prévue aux articles 9 et 11 vise l'emploi, la définition «d'emploi» est décisive. Une marque de commerce est réputée être employée en liaison avec des marchandises si, lors de la vente, elle est apposée sur les marchandises ou sur les

cameras, given that the book was a promotional item and contained advertising for the respondent's films and cameras. The association between the mark and the wares was so close and so clearly related to their sale (notably in the coupons offering discounts on the price of the wares) that the mark was used by the respondent as a trade mark in association with them.

The finding that Konica's use of the official marks was "otherwise" than as a trade mark is not incompatible with the view that the uses indicated constituted use as a trade mark.

Denault J. also erred in failing to inquire into the extent of Guinness' vested rights to which the respondent was a licensee. Those rights, including the right to use the word "Olympic" as a trade mark, were not affected by the appellant's public notification of its official marks. "Use" as a trade mark is use in association with specific wares or services. Although conceived to advertise the Irish brew, the *Guinness Books of Records* now exist independent of the brewery. The trade mark "*Guinness Book of Olympic Records*" is also used in association with the books themselves as wares. Beer and books were the only wares in association with which Guinness had used the word "Olympic" as a trade mark prior to 1980. As Guinness' rights to the trade mark "Olympic" were limited to use of that mark in association with beer and books, so were the licensee's (Konica). It could not use the mark to promote films and cameras.

The respondent pleaded its right as licensee to the copyright in the title *Guinness Book of Olympic Records*. The question of copyright was a red herring. What was at issue was the right to use "Olympic" as a trade mark in association with films and cameras. Nothing in the *Copyright Act* touches that right in any way.

The respondent alleged that "or otherwise" in sections 9 and 11 were *ultra vires* of Parliament as they were unlimited in application and could restrict freedom of speech and restrain the exercise of ordinary civil rights within the provinces. A reading of the plain words of those sections in their context restricts their scope to use of an official mark, or one so nearly resembling it as to be likely to be mistaken for it, in connection with a business.

colis à tel point qu'un avis de liaison est alors donné. Sont assimilées aux «marchandises» les publications imprimées. Le terme «Olympic» était par conséquent employé comme marque de commerce en liaison avec les livres—il est apposé sur les livres afin de les distinguer—il est aussi employé en liaison avec les pellicules et les appareils-photos, compte tenu du caractère promotionnel du livre et de la publicité qui porte sur les pellicules et les appareils-photos de l'intimée. La liaison entre la marque et les marchandises est si étroite et si nettement reliée à leur vente (particulièrement dans les coupons de réduction du prix des marchandises), que la marque est employée par l'intimée comme une marque de commerce en liaison avec ces marchandises.

La conclusion selon laquelle Konica employait les marques officielles «autrement» que comme une marque de commerce n'est pas inconciliable avec l'opinion que les emplois mentionnés constituaient un emploi comme marque de commerce.

Le juge Denault a également commis une erreur en n'examinant pas l'étendue des droits acquis de Guinness dont l'intimée était titulaire de licence. Ces droits, qui n'étaient pas touchés par l'avis public de l'appelante à l'égard de ses marques officielles, comprenaient le droit d'employer le terme «Olympic» comme une marque de commerce. L'«emploi» comme marque de commerce désigne un emploi en liaison avec des marchandises ou services particuliers. Bien que le *Guinness Books of Records* ait vu le jour à titre de véhicule promotionnel pour le produit de la brasserie irlandaise, il a aujourd'hui une existence distincte du brasseur. La marque de commerce «*Guinness Book of Olympic Records*» est également employée en liaison avec les livres mêmes, en tant que marchandises. La bière et les livres étaient les seules marchandises en liaison avec lesquels Guinness a employé le terme «Olympic» comme marque de commerce avant 1980. Comme Guinness ne détient, sur la marque de commerce «Olympic», que le droit d'employer cette marque en liaison avec de la bière et des livres, le titulaire de licence (Konica) est visé par la même restriction. Elle ne peut employer la marque pour promouvoir des pellicules photographiques et des appareils-photos.

L'intimée a allégué son droit, en tant que titulaire de licence, au droit d'auteur dans le titre *Guinness Book of Olympic Records*. La question du droit d'auteur n'est soulevée que pour brouiller la piste. Le litige porte sur le droit d'employer le terme «Olympic» comme marque de commerce en liaison avec des pellicules photographiques et des appareils-photos. Rien dans la *Loi sur le droit d'auteur* ne touche ce droit de quelque façon.

L'intimée a allégué que les termes «ou autrement» qui figurent aux articles 9 et 11 étaient exorbitants du Parlement puisque leur application est illimitée et qu'ils peuvent avoir pour effet de restreindre la liberté d'expression et l'exercice de droits civils ordinaires dans les provinces. La lecture du libellé clair de ces articles, dans leur contexte, limite leur portée à l'emploi d'une marque officielle ou d'une marque qui lui ressemble à un point tel qu'on pourrait vraisemblablement la confondre avec elle, relativement à une entreprise.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, s. 2.
Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 2, 3, 4,
 9(1)(n)(iii), 11, 20.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), chap. C-42,
 art. 2.
Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), chap.
 T-13, art. 2, 3, 4, 9(1)n(iii), 11, 20.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

REVERSED:

Canadian Olympic Assn. v. Konica Canada Inc., [1990] 2
 F.C. 703; (1990), 69 D.L.R. (4th) 432; 30 C.P.R. (3d) 60;
 35 F.T.R. 59 (T.D.).

CONSIDERED:

Canadian Olympic Assn. v. Allied Corp., [1990] 1 F.C.
 769; (1989), 26 C.I.P.R. 157; 28 C.P.R. (3d) 161; 105
 N.R. 388 (C.A.).

REFERRED TO:

*Clairol International Corp. et al v. Thomas Supply &
 Equipment Co. Ltd. et al*, [1968] 2 Ex.C.R. 552; (1968),
 38 Fox Pat. C. 176; *Wembley Inc. v. Wembley Neckwear
 Co.*, [1948] O.R. 341; [1948] 3 D.L.R. 109; (1948), 8
 C.P.R. 132; 7 Fox. Pat. C. 244 (C.A.); *Francis Day &
 Hunter, Ltd. v. Twentieth Century Fox Corporation, Ltd.*,
 [1940] A.C. 112 (P.C.); *Asbjorn Horgard A/S
 v. Gibbs/Nortac Industries Ltd.*, [1987] 3 F.C. 544;
 (1987), 38 D.L.R. (4th) 544; 17 C.I.P.R. 263; 14 C.P.R.
 (3d) 314; 12 F.T.R. 317; 80 N.R. 9 (C.A.).

COUNSEL:

Kenneth D. McKay and *Arthur B. Renaud* for
 appellant (plaintiff).
D. H. Jack, *Susan A. Goodeve* and *Karen E.
 Crombie* for respondent (defendant).
John S. Tyhurst for intervenor.

SOLICITORS:

Sim, Hughes, Dimock, Toronto, for appellant *h*
 (plaintiff).
McDonald & Hayden, Toronto, for respondent
 (defendant).
Deputy Attorney General of Canada for inter-
 venor. *i*

The following are the reasons for judgment rendered in English by

HUGESSEN J.A.: In this appeal we are again called
 upon to explore the reach of the protection accorded

JURISPRUDENCE

DÉCISION INFIRMÉE:

Assoc. Olympique canadienne c. Konica Canada Inc.,
 [1990] 2 C.F. 703; (1990), 69 D.L.R. (4th) 432; 30 C.P.R.
 (3d) 60; 35 F.T.R. 59 (1^{re} inst.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Assoc. Olympique canadienne c. Allied Corp., [1990] 1
 C.F. 769; (1989), 26 C.I.P.R. 157; 28 C.P.R. (3d) 161;
 105 N.R. 388 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

*Clairol International Corp. et al v. Thomas Supply &
 Equipment Co. Ltd. et al*, [1968] 2 R.C.É. 552; (1968), 38
 Fox Pat. C. 176; *Wembley Inc. v. Wembley Neckwear Co.*,
 [1948] O.R. 341; [1948] 3 D.L.R. 109; (1948), 8 C.P.R.
 132; 7 Fox Pat. C. 244 (C.A.); *Francis Day & Hunter Ltd.
 v. Twentieth Century Fox Corporation, Ltd.*, [1940] A.C.
 112 (P.C.); *Asbjorn Horgard A/S c. Gibbs/Nortac Indus-
 tries Ltd.*, [1987] 3 C.F. 544; (1987), 38 D.L.R. (4th) 544;
 17 C.I.P.R. 263; 14 C.P.R. (3d) 314; 12 F.T.R. 317; 80
 N.R. 9 (C.A.).

f AVOCATS:

Kenneth D. McKay et *Arthur B. Renaud* pour
 l'appelante (demanderesse).
D. H. Jack, *Susan A. Goodeve* et *Karen E.
 Crombie* pour l'intimée (défenderesse).
John S. Tyhurst pour l'intervenant.

PROCUREURS:

Sim, Hughes, Dimock, Toronto, pour l'appelante
 (demanderesse).
McDonald & Hayden, Toronto, pour l'intimée
 (défenderesse).
Le sous-procureur général du Canada pour l'in-
 tervenant.

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

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: Par le présent appel,
 nous sommes encore une fois appelés à étudier la

to an official mark described in subparagraph 9(1)(n)(iii) of the *Trade-marks Act*:¹

9. (1) No person shall adopt in connection with a business, as a trade-mark or otherwise, any mark consisting of, or so nearly resembling as to be likely to be mistaken for,

(n) any badge, crest, emblem or mark

(iii) adopted and used by any public authority, in Canada as an official mark for wares or services,

in respect of which the Registrar has, at the request of Her Majesty or of the university or public authority, as the case may be, given public notice of its adoption and use; or

In *Canadian Olympic Assn. v. Allied Corp.*,² we decided that:

Whatever rights to the use of a mark may flow from its adoption are undisturbed by the subsequent adoption and use of a confusingly similar official mark; the right to register the mark is, however, prohibited from the time of the giving of the public notice.

Today, we define in greater detail the line of demarcation between the prior vested rights which are “undisturbed” by the adoption and use of an official mark and the rights accruing to the public authority for whose benefit the official mark exists.

The appellant has caused public notice to be given with respect to a number of official marks of which “Olympic”, “Summer Olympics” and “Winter Olympics” are the most important for present purposes. Notice of the adoption and use of such marks by the appellant was given by the Registrar March 5, 1980.

For many years prior to 1980, the Guinness Company, who were originally and are still brewers of beer in Ireland, have published books of “records”, being chronicles of achievements in various fields of endeavour. One of such books, issued periodically in cycles corresponding approximately to the Olympic cycle, has for many years had the title *Guinness Book of Olympic Records*. Appellant does not contest and no issue is raised as to the right of Guinness to pub-

portée de la protection accordée à une marque officielle décrite au sous-alinéa 9(1)(n)(iii) de la *Loi sur les marques de commerce*¹ qui porte que:

9. (1) Nul ne peut adopter à l'égard d'une entreprise, comme marque de commerce ou autrement, une marque composée de ce qui suit, ou dont la ressemblance est telle qu'on pourrait vraisemblablement la confondre avec ce qui suit:

n) tout insigne, écusson, marque ou emblème:

(iii) adopté et employé par une autorité publique au Canada comme marque officielle pour des marchandises ou services,

à l'égard duquel le registraire, sur la demande de Sa Majesté ou de l'université ou autorité publique, selon le cas, a donné un avis public d'adoption et emploi;

Dans l'arrêt *Assoc. Olympique Canadienne c. Allied Corp.*,² nous avons ainsi décidé:

Les droits d'emploi d'une marque qui peuvent découler de son adoption ne sont pas touchés par l'adoption et l'emploi subséquents d'une marque officielle semblable au point de porter à confusion; toutefois, le droit d'enregistrer la marque n'existe plus à compter du moment où l'avis public est donné.

Aujourd'hui, nous traçons avec plus de précision la ligne de démarcation séparant les droits acquis antérieurement «non touchés» par l'adoption et l'emploi d'une marque officielle, et les droits revenant à l'autorité publique pour le bénéfice de laquelle la marque officielle existe.

L'appelante a fait donner un avis public d'un certain nombre de marques officielles, dont les plus importantes aux fins de la présente discussion sont «Olympic», «Summer Olympics» et «Winter Olympics». Le 5 mars 1980, le registraire a donné avis de l'adoption et de l'emploi de ces marques par l'appelante.

Pendant plusieurs années avant 1980, la Guinness Company qui, à l'origine, était et demeure brasseur de bière en Irlande, a publié des livres de «records» où sont relatés divers exploits réalisés dans différents domaines. Un de ces livres, mis en circulation périodiquement suivant approximativement le cycle des olympiques, a, pendant plusieurs années, été intitulé *Guinness Book of Olympic Records*. L'appelante ne conteste pas le droit de Guinness de publier son livre

¹ R.S.C., 1985, c. T-13.

² [1990] 1 F.C. 769 (C.A.), at p. 775.

¹ L.R.C. (1985), chap. T-13.

² [1990] 1 C.F. 769 (C.A.), à la p. 775.

lish its book of Olympic records and to use the word "Olympic" in the title thereof; our holding in *Allied Corp.*, *supra*, would in any event foreclose any such issue.

The respondent, Konica Canada Inc., sells films and cameras. As a sub-licensee of Guinness, it acquired the exclusive right to publish and distribute in Canada its own special "premium" edition of the *Guinness Book of Olympic Records* to be issued in anticipation of the 1988 winter and summer olympiads. That edition consists of the entire text of the *Guinness Book of Olympic Records* with distinctive Konica spine, front and back covers (inside and out), and first and last pages. The material added by the respondent displays its name prominently in bold print and includes advertising and promotional material and discount coupons for films and cameras sold by it. The title of the publication, as it appears on the spine and outside front cover, is *KONICA Guinness Book of OLYMPIC RECORDS*. A sub-text on the front cover reads: *The Complete 1988 Winter & Summer Olympic Schedule. PLUS—Valuable Discount Coupons PLUS—All the Record Holders and Medal Winners PLUS—Hundreds of Fascinating Feats and Facts*.

The book, as published by the respondent, was designed to be used by it as a premium in a promotional package. That package consisted of three rolls of Konica colour film which were carded and plastic "shrink-wrapped" together with the book in such a way that only the outside front cover of the book and the outside of the three cartons of film could be seen. This package was then promoted and sold as a package of film, with the book as a premium. In popular terms the book was a "give away".

The promotion never really got going. As soon as the appellant learned of it in November 1987, it sought and obtained an interlocutory injunction prohibiting the distribution of the book in the "shrink-wrapped" package. Many months later, and long after the 1988 Olympics, both winter and sum-

de records olympiques et d'employer le terme «Olympic» dans le titre de ce livre, ni ne soulève de question à cet égard; notre conclusion dans l'affaire *Allied Corp.*, précitée, excluait, de toute façon, une telle question.

L'intimée, Konica Canada Inc., vend des pellicules photographiques et des appareils-photos. À titre de sous-titulaire de licence de Guinness, elle a acquis le droit exclusif de publier et de distribuer au Canada sa propre édition «spéciale» du *Guinness Book of Olympic Records* qui devait être mise en circulation en prévision des Jeux olympiques d'hiver et d'été 1988. Le texte entier du *Guinness Book of Olympic Records* se retrouve dans cette édition dont le dos, les plats supérieur et inférieur (extérieur et intérieur), la première et la dernière pages sont distinctifs à Konica. Les éléments ajoutés par l'intimée mettent son nom bien en vue en caractères gras et incluent du matériel publicitaire et promotionnel et des bons de réduction pour les pellicules et les appareils-photos qu'elle vend. Le titre de la publication, qui se trouve sur le dos et à l'extérieur du plat supérieur du livre, se lit *KONICA Guinness Book of OLYMPIC RECORDS*. Le sous-titre du plat supérieur porte la mention suivante: *The Complete 1988 Winter & Summer Olympic Schedule. PLUS—Valuable Discount Coupons PLUS—All the Record Holders and Medal Winners PLUS—Hundreds of Fascinating Feats and Facts*.

Le livre publié par l'intimée a été conçu en vue d'être employé par celle-ci à titre de prime faisant partie d'une trousse promotionnelle. Celle-ci consiste en trois rouleaux de pellicule photographique en couleur Konica encartés et emballés, avec le livre, par rétraction sous plastique de façon à ce que seule la partie extérieure du plat supérieur du livre et l'extérieur des trois cartouches de pellicule puissent être vus. Cette trousse a ensuite été lancée sur le marché pour être vendue comme paquet de pellicule photographique ayant le livre comme prime. En termes populaires, le livre était un «cadeau».

La promotion n'a jamais vraiment pris son envol. Dès que l'appelante en a eu vent en novembre 1987, elle a demandé et obtenu une injonction interlocutoire interdisant la distribution du livre dans le paquet à emballage par rétraction. Plusieurs mois plus tard, longtemps après que les Olympiques de 1988, à la

mer, had passed into history, the matter came on for trial on the merits before Denault J. [[1990] 2 F.C. 703]. The present appeal is from the latter's judgment dismissing the appellant's action for a permanent injunction and for damages.

Denault J. found as a fact [at page 709] "that the title and subtitle of the defendant's book so nearly resemble as to be likely to be mistaken for some of the official marks registered by the plaintiff." That finding has not been put in issue on this appeal. He then went on, however, to find that the respondent had not made use of the appellant's official marks "as trade-marks", but that it had done so "otherwise" and "in connection with a business" so as to bring it within the prohibition of sections 9 and 11 of the Act.³ He said [at pages 711-712]:

The defendant Konica however is a manufacturer of photographic equipment and wares; its foray into the field of Canadian publishing, it may safely be assumed, is primarily in order to promote its own products. Thus it is a use "in connection with a business" albeit otherwise than as a trade mark. The defendant was required under its licensing agreement to use the title and sub-title it did, containing as they do words which may appear to be the official marks of the plaintiff. The defendant's use of the word "Olympic" or of other words resembling the plaintiff's marks is not a use as a trade-mark, as that word is defined in the Act. It is evident to me that Konica has not adopted the words "Olympic" or "1988 Winter & Summer Olympic Schedule" as trade marks. Rather they have been adopted in connection with a business otherwise than as trade marks.

While the point may appear to some to be academic, since the learned Trial Judge did, in the final analysis, conclude that the respondent's activities could be reached by the prohibitory words of sections 9 and 11, it is in my view important that we indicate that he was mistaken in doing so on the sole basis of adoption and use "otherwise" than as a trade-mark. To put the matter another way, I think, with respect,

³ See s. 9(1) *supra*. S. 11 reads:

11. No person shall use in connection with a business, as a trade-mark or otherwise, any mark adopted contrary to section 9 or 10 or this Act. . . .

fois d'été et d'hiver, eurent passé à l'histoire, la question a été soumise au juge Denault lors d'un procès sur le fond [[1990] 2 C.F. 703]. Le présent appel porte sur la décision de ce dernier de rejeter l'action en injonction permanente et en dommages-intérêts de l'appelante.

Le juge Denault a tiré la conclusion de fait [aux pages 709 et 710] «que le titre et le sous-titre du livre de la défenderesse ressemblent à ce point aux marques officielles enregistrées par la demanderesse qu'on pourrait vraisemblablement les confondre avec certaines d'entre elles». Cette conclusion n'est pas contestée en l'espèce. Toutefois, le juge a ensuite conclu que l'intimée avait employé les marques officielles de l'appelante «autrement» que «comme marques de commerce» et «à l'égard d'une entreprise», d'une telle façon qu'elle s'est trouvée visée par la prohibition des articles 9 et 11 de la Loi³. Il a dit [aux pages 711 et 712]:

Toutefois, la défenderesse Konica fabrique du matériel et des articles de photographie; on peut sans crainte de se tromper présumer que son incursion dans le domaine de l'édition canadienne vise principalement à promouvoir ses propres produits. Il s'agit donc d'un emploi «à l'égard d'une entreprise», encore qu'il s'agisse de l'emploi d'un mot autrement que comme marque de commerce. La défenderesse était tenue aux termes de son contrat de licence d'utiliser le titre et le sous-titre qu'elle a employés et qui contiennent des mots qui semblent être les marques officielles de la demanderesse. L'emploi par la défenderesse du mot «olympic» ou d'autres mots ressemblant aux marques de la demanderesse ne constitue pas un emploi comme marque de commerce, au sens de la définition que la Loi donne à ce mot. Il m'apparaît évident que Konica n'a pas adopté les mots «olympic» ou «1988 Winter & Summer Olympic Schedule» comme marques de commerce. Ces mots ont plutôt été adoptés à l'égard d'une entreprise autrement que comme des marques de commerce.

Bien que le point puisse sembler théorique aux yeux de certains puisque le juge de première instance a, en fin de compte, conclu que les activités de l'intimée pouvaient être visées par le libellé prohibitif des articles 9 et 11, à mon avis, il est tout de même important de mentionner qu'il a commis une erreur en concluant ainsi pour le seul motif que la marque a été adoptée et employée «autrement» que comme

³ Voir l'art. 9(1), précité. Art. 11 est libellé ainsi:

11. Nul ne peut employer relativement à une entreprise, comme marque de commerce ou autrement, une marque adoptée contrairement à l'article 9 ou 10 de la présente loi . . .

that the Trial Judge was wrong to find that Konica's use of the word "Olympic" was not used as a trade-mark.

In support of his conclusion the learned Trial Judge quoted only the definition of "trade-mark" in section 2 of the Act:

2. . . .

"trade-mark" means

(a) a mark that is used by a person for the purpose of distinguishing or so as to distinguish wares or services manufactured, sold, leased, hired or performed by him from those manufactured, sold, leased, hired or performed by others,

(b) a certification mark,

(c) a distinguishing guise, or

(d) a proposed trade-mark;

In the first place, the learned Trial Judge appears to have overlooked paragraph (c) of the quoted definition of "trade-mark" which defines such a mark as including a distinguishing guise. This latter term is itself defined in section 2 as follows:

2. . . .

"distinguishing guise" means

(a) a shaping of wares or their containers, or

(b) a mode of wrapping or packaging wares

the appearance of which is used by a person for the purpose of distinguishing or so as to distinguish wares or services manufactured, sold, leased, hired or performed by him from those manufactured, sold, leased, hired or performed by others;

Given that the respondent's "shrink-wrapped" package had the effect of binding the book and the cartons of film inseparably together (at least until purchased) and given the size and colour of the printing of the words "Olympic Records" (they are in gold and are noticeably larger than any characters appearing anywhere else on the entire package), I find it impossible to say that the word "Olympic" is not a significant and essential part of a distinguishing guise being used by the respondent to distinguish its wares.

Second, and even more important, however, it seems to me that the publication and distribution of

marque de commerce. En d'autres termes, je crois, avec déférence, que le juge de première instance a erronément conclu que Konica n'avait pas employé le terme «Olympic» comme marque de commerce.

Pour appuyer sa conclusion, le juge de première instance n'a cité que la définition de marque de commerce qui figure à l'article 2 de la Loi:

2. . . .

«marque de commerce» Selon le cas:

a) marque employée par une personne pour distinguer, ou de façon à distinguer, les marchandises fabriquées, vendues, données à bail ou louées ou les services loués ou exécutés, par elle, des marchandises fabriquées, vendues, données à bail ou louées ou des services loués ou exécutés, par d'autres;

b) marque de certification;

c) signe distinctif;

d) marque de commerce projetée.

En premier lieu, le juge de première instance semble avoir négligé l'alinéa c) de la définition citée de marque de commerce, laquelle inclut un signe distinctif. Ce terme est lui-même ainsi défini à l'article 2:

2. . . .

«signe distinctif» Selon le cas:

a) façonnement de marchandises ou de leurs contenants;

b) mode d'envelopper ou emballer des marchandises,

dont la présentation est employée par une personne afin de distinguer, ou de façon à distinguer, les marchandises fabriquées, vendues, données à bail ou louées ou les services loués ou exécutés, par elle, des marchandises fabriquées, vendues, données à bail ou louées ou des services loués ou exécutés, par d'autres.

Compte tenu du paquet à emballage par rétraction de l'intimée dont l'effet était de relier, sans qu'ils puissent être séparés, le livre et les cartouches de pellicule photographique (à tout le moins jusqu'à l'achat) et compte tenu de la dimension et de la couleur de l'impression des termes «Olympic Records» (en or et beaucoup plus gros que tous les autres caractères se trouvant ailleurs sur tout le paquet), il m'est impossible d'affirmer que le terme «Olympic» n'est pas une partie importante et essentielle d'un signe distinctif employé par l'intimée afin de distinguer ses marchandises.

En deuxième lieu, et ce qui est encore plus important, il me semble toutefois que la publication et la

the book itself, and quite independent of its "shrink-wrapped" packaging with the film, constitutes use of the word "Olympic" as a trade-mark within the meaning of the Act. In this connection, it is not enough to do as the learned Trial Judge and simply quote the definition of "trade-mark".

The prohibition in section 9 is against "adoption", which may be shortly described as first use in Canada.⁴ The prohibition in section 11 is against "use". Thus, under either section, the definition of "use" is critical:

2. . . .

"use", in relation to a trade-mark, means any use that by section 4 is deemed to be a use in association with wares or services;

That definition refers us to section 4, subsection (1) of which reads:

4. (1) A trade-mark is deemed to be used in association with wares if, at the time of the transfer of the property in or possession of the wares, in the normal course of trade, it is marked on the wares themselves or on the packages in which they are distributed or it is in any other manner so associated with the wares that notice of the association is then given to the person to whom the property or possession is transferred.

Finally, reverting again to the definition section it should be noted that:

2. . . .

"wares" includes printed publications.

In so far as the wares distributed by the respondent are the books themselves, there can simply be no question that the word "Olympic" is used as a trade-mark within the meaning of subsection 4(1): it is marked on the wares themselves for the purpose of distinguishing them. Given, however, that the book is a promotional item and contains on its inside front

⁴ S. 3 reads:

3. A trade-mark is deemed to have been adopted by a person when that person or his predecessor in title commenced to use it in Canada or to make it known in Canada or, if that person or his predecessor had not previously so used it or made it known, when that person or his predecessor filed an application for its registration in Canada.

distribution du livre même, tout à fait indépendamment du paquet emballé par rétraction contenant la pellicule, constitue un emploi du terme «Olympic» comme marque de commerce au sens de la Loi. À cet égard, il ne suffit pas d'imiter le juge de première instance et de ne citer que la définition de «marque de commerce».

La prohibition énoncée à l'article 9 vise l'«adoption», que l'on peut brièvement décrire comme le premier emploi au Canada⁴. La prohibition prévue à l'article 11 vise l'«emploi». Ainsi, pour chacun des deux articles, la définition d'«emploi» est décisive:

2. . . .

«emploi» ou «usage» À l'égard d'une marque de commerce, tout emploi qui, selon l'article 4, est réputé un emploi en liaison avec des marchandises ou services.

Cette définition nous renvoie à l'article 4, paragraphe (1), ainsi libellé:

4. (1) Une marque de commerce est réputée employée en liaison avec des marchandises si, lors du transfert de la propriété ou de la possession de ces marchandises, dans la pratique normale du commerce, elle est apposée sur les marchandises mêmes ou sur les colis dans lesquels ces marchandises sont distribuées, ou si elle est, de toute autre manière, liée aux marchandises à tel point qu'avis de liaison est alors donné à la personne à qui la propriété ou possession est transférée.

Finalement, pour en revenir à l'article des définitions, nous devons signaler celle-ci:

2. . . .

«marchandises» Sont assimilées aux marchandises les publications imprimées.

Dans la mesure où les marchandises distribuées par l'intimée sont les livres mêmes, il ne peut subsister aucun doute que le terme «Olympic» est employé comme marque de commerce au sens du paragraphe 4(1): il est apposé sur les marchandises mêmes afin de les distinguer. Compte tenu, toutefois, du caractère promotionnel du livre et de la publicité, qui figure à

⁴ Art. 3 porte que:

3. Une marque de commerce est réputée avoir été adoptée par une personne, lorsque cette personne ou son prédécesseur en titre a commencé à l'employer au Canada ou à l'y faire connaître, ou, si la personne ou le prédécesseur en question ne l'avait pas antérieurement ainsi employée ou fait connaître, lorsque l'un d'eux a produit une demande d'enregistrement de cette marque au Canada.

cover and inside and outside back covers advertising for the respondent's films and cameras, and in so far as the latter are wares dealt in by the respondent, I think that the word "Olympic" is being used in association with those wares as well. If the appellant's marks were registered, as opposed to official marks, the respondent's advertisements would clearly be caught by section 20. While not all use in advertising is use "in association with" wares "so as to distinguish" them,⁵ some such uses are.⁶ Here the association between the mark and the wares is so close and so clearly related to their sale (notably in the coupons offering discounts on the price of the wares) that I am satisfied that the mark is used by the respondent as a trade-mark in association with them.

I conclude, therefore, on this aspect of the matter, that the respondent has used the appellant's official marks as a trade-mark for its books and for its films and cameras and that such use has been in connection with the respondent's business.

As indicated earlier, the learned Trial Judge found that Konica's use of the official marks in connection with its business was "otherwise" than as a trade-mark. I would simply indicate here that I would not wish to be taken as necessarily disagreeing with that finding; it is not incompatible with my further view that the uses that I have indicated constituted use as a trade-mark as well.

Notwithstanding his view that the respondent's activities were within the reach of sections 9 and 11, the learned Trial Judge dismissed the appellant's action because he was of the view that the adoption and public notification of the appellant's official

⁵ See *Clairol International Corp. et al v. Thomas Supply & Equipment Co. Ltd. et al*, [1968] 2 Ex.C.R. 552. It may be noted, however, that the interpretation of s. 4(1) given in that case does not appear to have taken account of the French version of the statute.

⁶ See *Wembley Inc. v. Wembley Neckwear Co.*, [1948] O.R. 341 (C.A.).

l'intérieur du plat supérieur du livre et à l'extérieur et à l'intérieur de son plat inférieur et qui porte sur les pellicules et les appareils-photos de l'intimée, et dans la mesure où ceux-ci sont des marchandises dont l'intimée fait le commerce, je crois que le terme «Olympic» est employé en liaison avec ces marchandises également. Si les marques de l'appelante étaient déposées plutôt qu'officielles, la publicité faite par l'intimée serait clairement visée par l'article 20. Bien que tout emploi publicitaire ne soit pas un emploi «en liaison avec» des marchandises «de façon à [les] distinguer»⁵, certains emplois de ce genre le sont⁶. En l'espèce, la liaison entre la marque et les marchandises est si étroite et si nettement reliée à leur vente (particulièrement dans les coupons de réduction du prix des marchandises), que je suis convaincu que la marque est employée par l'intimée comme une marque de commerce en liaison avec ces marchandises.

Je conclus, par conséquent, sur cet aspect de la question, que l'intimée a employé les marques officielles de l'appelante comme marque de commerce pour ses livres et pour ses pellicules photographiques et ses appareils-photos, et que cet emploi s'est fait relativement à l'entreprise de l'intimée.

Comme je l'ai déjà mentionné, le juge de première instance a conclu que Konica employait les marques officielles relativement à son entreprise «autrement» que comme une marque de commerce. Je mentionnerais simplement à ce stade-ci que je ne souhaite pas que l'on me croit nécessairement en désaccord avec cette conclusion; elle n'est pas inconciliable avec mon opinion que les emplois que j'ai mentionnés constituaient également un emploi comme marque de commerce.

Nonobstant son opinion selon laquelle les activités de l'intimée se situaient dans la portée des articles 9 et 11, le juge de première instance a rejeté l'action de l'appelante au motif que l'adoption et l'avis public des marques officielles de l'appelante ne pouvaient

⁵ Voir *Clairol International Corp. et al v. Thomas Supply & Equipment Co. Ltd. et al*, [1968] 2 R.C.É. 552. Il est à signaler, toutefois, que l'interprétation de l'art. 4(1) donnée dans ce cas n'apparaît pas avoir tenu compte de la version française de l'article.

⁶ Voir *Wembley Inc. v. Wembley Neckwear Co.*, [1948] O.R. 341 (C.A.).

marks could not have retrospective effect. In this, of course, he was quite correct as he was bound by our judgment in *Allied Corp.*, *supra*. It was his further view, however, that the respondent itself had not “adopted” the marks in question because it stood in the rights of Guinness and that it was the latter which had done so. He said [at pages 712-713]:

The defendant’s central argument in this case was that subparagraph 9(1)(n)(iii) cannot be given retrospective effect. The defendant claimed that the marks were not adopted by it since they had been adopted and used by Guinness well before Konica distributed its book. The defendant states it did not adopt the mark, since it was already adopted. Counsel for the defendant referred the Court to section 3 of the Act which provides as follows:

3. A trade-mark is deemed to have been adopted by a person when that person or his predecessor in title commenced to use it in Canada or to make it known in Canada or, if that person or his predecessor had not previously so used it or made it known, when that person or his predecessor filed an application for its registration in Canada. [Emphasis by Denault J.]

I think the defendant’s argument on this score is well founded. The uncontradicted evidence of the defendant is that Bantam Books had been publishing the Canadian edition of the Guinness Book since the late 1960s, many years before the adoption by the plaintiff of its official marks.

And again [at page 715]:

Only by clearly expressed statutory language could Parliament override the vested rights of Guinness Books and its licensees such as Konica. The statute makes no such provision; in fact it leaves no room for ambiguity and is expressly drafted in terms which, in accordance with well known interpretive rules, cannot be given retrospective effect. Consequently, sale and distribution of the Konica edition of the *Guinness Book of Olympic Records* and the shrink wrapped film and book package do not violate the Canadian Olympic Association’s official marks.

In my view, and with respect, the learned Judge was wrong. The source of the error, as it seems to me, is in his failure to inquire into the extent of Guinness’ vested rights to which the respondent was licensee.⁷ Those rights, which the Trial Judge rightly held

⁷ The appellant devoted some time and effort to arguing that the respondent, as a licensee, was not a successor in title to Guinness and therefore could not claim the latter as predecessor in title within the meaning of s. 3. This is quite simply a

(Continued on next page)

avoir d’effet rétroactif. De toute évidence, il avait raison à ce sujet puisqu’il était lié par notre décision rendue dans l’affaire *Allied Corp.*, précitée. Il était également d’avis, cependant, que l’intimée elle-même n’avait pas «adopté» les marques puisque les droits sur celles-ci appartenaient à Guinness et que ce dernier les avaient adoptées. Il a dit [aux pages 712 et 713]:

Le principal moyen qu’invoque la défenderesse en l’espèce est que l’on ne peut donner un effet rétroactif au sous-alinéa 9(1)(n)(iii). La défenderesse prétend qu’elle n’a pas adopté les marques, étant donné qu’elles avaient été adoptées et utilisées par Guinness longtemps avant que Konica ne distribue son livre. La défenderesse affirme qu’elle n’a pas adopté la marque, étant donné qu’elle a déjà été adoptée. L’avocat de la défenderesse a cité à la Cour l’article 3 de la Loi, qui dispose :

3. Une marque de commerce est réputée avoir été adoptée par une personne, lorsque cette personne ou son prédécesseur en titre a commencé à l’employer au Canada ou à l’y faire connaître, ou, si la personne ou le prédécesseur en question ne l’avait pas antérieurement ainsi employée ou fait connaître, lorsque l’un d’eux a produit une demande d’enregistrement de cette marque au Canada. [C’est le juge Denault qui souligne.]

Je pense que sur ce point la thèse de la défenderesse est bien fondée. Suivant la preuve non contredite de la défenderesse, Bantam Books publie l’édition canadienne du livre Guinness depuis la fin des années soixante, de nombreuses années avant que la demanderesse n’adopte ses marques officielles.

Il a également dit [à la page 715]:

Ce n’est que par un texte législatif clairement exprimé que le législateur aurait pu supprimer les droits acquis de Guinness Books et de ses preneurs de licences comme Konica. La Loi ne prévoit rien de tel; en fait, elle n’est nullement ambiguë et elle est expressément rédigée en des termes auxquels, conformément aux règles d’interprétation bien connues, on ne peut donner un effet rétroactif. En conséquence, la vente et la distribution de l’édition Konica du *Guinness Book of Olympic Records*, de la pellicule emballée par rétraction et du paquet contenant le livre ne violent pas les marques officielles de l’Association olympique canadienne.

À mon avis, et avec déférence, le juge a commis une erreur. La source de cette erreur, il me semble, se situe dans le défaut d’examiner l’étendue des droits acquis de Guinness, dont l’intimée était titulaire de licence⁷. Ces droits qui, comme le juge de première

⁷ L’appelante a consacré temps et efforts à prétendre que l’intimée, à titre de preneur de licence, n’était pas le successeur en titre de Guinness et que, par conséquent, elle ne pouvait prétendre que Guinness était son prédécesseur en titre au sens

(Suite à la page suivante)

were not affected by the appellant's public notification of its official marks, included the right to use the word "Olympic" as a trade-mark.

"Use" as a trade-mark, however, is not use in a vacuum or at large. Both the definition section and section 4 previously quoted make it plain that "use" as a trade-mark is use in association with specific wares or services.

The Guinness Company started life as a brewer and it is still in that business. It may be safely assumed that the *Guinness Books of Records* initially saw the light of day as a means of promoting the product of the Dublin brewery. Indeed, there was evidence before the learned Trial Judge that as late as 1976, (the last olympiad before the registration of the appellant's official marks) the *Guinness Book of Olympic Records* contained advertising for Guinness beer.⁸

Clearly, the child has outgrown the parent, or at least come to have equal importance with it. We can take notice today of the fact that *Guinness Books of Records* are widely circulated and have an existence quite independent of any association with the brewery.⁹ It is clear, therefore, that the trade-mark "*Guinness Book of Olympic Records*" is also used in association with the books themselves, as wares.

Beer and books. These, on the evidence, are the only wares in association with which Guinness had used the word "Olympic" as a trade-mark prior to 1980. That trade-mark is, of course, unregistered but even if it had been registered it is very doubtful that

(Continued from previous page)

non-issue. Whatever rights the respondent has, it has acquired them from Guinness and the terms of its licence are not in question. The inquiry in reality, therefore, is not as to the extent of the respondent's rights but rather of Guinness' in whose shoes the respondent stands.

⁸ For the purist, more properly stout.

⁹ Indeed, one member of the present panel admitted at the hearing to his innocence of knowing that the Guinness of the books was a brewer.

instance a conclu à juste titre, n'étaient pas touchés par l'avis public de l'appelante à l'égard de ses marques officielles, comprenaient le droit d'employer le terme «Olympic» comme une marque de commerce.

L'«emploi» comme une marque de commerce, toutefois, n'est pas quelqu'emploi imprécis ou général. Il ressort clairement de l'article des définitions et de l'article 4 déjà cités que l'«emploi» comme marque de commerce désigne un emploi en liaison avec des marchandises ou services particuliers.

La Guinness Company a fait ses premiers pas comme brasseur, et opère toujours dans ce domaine. On peut, sans crainte de se tromper, présumer que le *Guinness Books of Records* a vu le jour à titre de véhicule promotionnel pour le produit de la brasserie de Dublin. En effet, il ressort de la preuve soumise au juge de première instance qu'aussi récemment qu'en 1976 (la dernière olympiade précédant l'enregistrement des marques officielles de l'appelante), le *Guinness Book of Olympic Records* faisait de la publicité à la bière Guinness⁸.

De toute évidence, le rejeton a surpassé son géniteur ou, à tout le moins, a acquis autant d'importance. Nous pouvons aujourd'hui constater que les *Guinness Books of Records* sont diffusés sur une grande échelle et ont une existence tout à fait distincte du brasseur⁹. Il est évident, par conséquent, que la marque de commerce «*Guinness Book of Olympic Records*» est également employée en liaison avec les livres mêmes, en tant que marchandises.

De la bière et des livres. Il ressort de la preuve que ce sont là les seules marchandises en liaison avec lesquelles Guinness a employé le terme «Olympic» comme marque de commerce avant 1980. Cette marque de commerce est, évidemment, non déposée,

(Suite de la page précédente)

de l'art. 3. La question ne se pose tout simplement pas. Quels que soient les droits de l'intimée, elle les a acquis de Guinness, et les conditions de sa licence ne sont pas en litige. L'examen, par conséquent, ne porte pas sur l'étendue des droits de l'intimée, mais plutôt sur ceux de Guinness dans la position duquel l'intimée se retrouve.

⁸ Pour les puristes, plus correctement bière brune.

⁹ L'un des membres du présent tribunal a effectivement admis à l'audience qu'il ignorait que le «Guinness» des livres était un brasseur.

Guinness could have prevented its adoption and use by others in association with wares as radically different as cameras and films. Equally, in my view, Guinness, as the proprietor of an unregistered trade-mark used by it in association with beer and books, could not prevent the adoption, use and registration of a similar trade-mark for use in association with cameras and films and could not, in the event of such registration, assert its prior rights to use that mark in association with those wares. The appellant, as the beneficiary of an official mark, is in at least as good a position as the owner of a registered mark would be *vis-à-vis* Guinness.

It follows, in my view, that Guinness' rights to the trade-mark "Olympic" cannot be anything more than the right to the use of that mark in association with beer and books. It could not use that mark to sell or promote other unrelated wares or services.¹⁰ If Guinness could not do so, neither could the respondent, its licensee.

We are not dealing here with a simple case of the respondent purchasing wares which properly bear the trade-mark "Olympic" and then giving those wares away as a premium or promotion for its own business purposes. If the respondent had simply purchased copies of the *Guinness Book of Olympic Records* (or for that matter anything else which properly bore the name "Olympic", whether or not on license from the appellant) and given them away as a promotion, the case would be a very different one. Here, however, as I have attempted to demonstrate, what the respondent has done is to take the *Guinness Book of Olympic Records* and to convert and transform it into the *Konica Guinness Book of Olympic Records* used

¹⁰ Guinness is not a party to this action. If it were, we might be required to explore the question whether its trading on its rights to use the word "Olympic" in association with beer and books by conveying those rights to others to be used in association with other wares was a use "otherwise" than as trade-mark. On the state of this record, that question must wait for another day.

mais même si elle l'avait été, il est fort douteux que Guinness aurait pu empêcher son adoption et son emploi par d'autres en liaison avec des marchandises fondamentalement différentes, tels des appareils-photos et des pellicules photographiques. En outre, à mon avis, Guinness, à titre de propriétaire d'une marque de commerce non déposée employée par elle en liaison avec de la bière et des livres, ne pouvait empêcher l'adoption, l'emploi et l'enregistrement d'une marque de commerce semblable pour être employée en liaison avec des appareils-photos et des pellicules, et ne pouvait, advenant un tel enregistrement, faire valoir ses droits antérieurs concernant l'emploi de cette marque en liaison avec ces marchandises. L'appelante, à titre de titulaire d'une marque officielle, se retrouve dans une situation au moins aussi avantageuse que celle d'un propriétaire d'une marque déposée vis-à-vis Guinness.

Il s'ensuit, à mon avis, que Guinness ne détient sur la marque de commerce «Olympic» que le droit d'employer cette marque en liaison avec de la bière et des livres. Elle ne peut employer cette marque pour vendre ou pour promouvoir d'autres marchandises ou services non liés¹⁰. Par conséquent, l'intimée, titulaire de licence de Guinness, est visée par la même interdiction.

En l'espèce, le débat ne porte pas que sur le simple fait, pour l'intimée, d'acheter des marchandises portant régulièrement la marque de commerce «Olympic» pour ensuite les donner comme prime ou promotion pour les fins de son propre commerce. Si l'intimée avait simplement acheté des copies du *Guinness Book of Olympic Records* (ou quant à cela, toute autre chose portant régulièrement le nom «Olympic», avec ou sans autorisation de l'appelante) pour ensuite les donner en promotion, l'affaire serait tout autre. En l'espèce, toutefois, comme j'ai tenté de le démontrer, l'intimée a pris le *Guinness Book of Olympic Records* et l'a converti pour en faire le *Konica Guinness Book of Olympic Records*, employé

¹⁰ Guinness n'est pas partie à l'action. Si elle l'était, nous serions peut-être appelés à examiner la question de savoir si la cession de ses droits d'employer le terme «Olympic» en liaison avec de la bière et des livres pour que ce terme soit ensuite employé en liaison avec d'autres marchandises constitue un emploi «autrement» que comme marque de commerce. Compte tenu de l'état du dossier, cette question ne peut être tranchée aujourd'hui.

manifestly for the promotion of Konica film and cameras. That, in my view, it could not do.

Two final points need to be mentioned.

In the first place, the respondent has pleaded its right as licensee to the copyright in the title *Guinness Book of Olympic Records*. The matter was not pressed with any vigour at the hearing and properly so. There is no indication in the material as to who the author of the title *Guinness Book of Olympic Records* may have been or when it was first published. Given the alleged antiquity of the publications, it is by no means impossible that any copyright in the title would by now have expired. Even if such copyright were still in being, however, its extent is limited by the definition of the word "work" in the *Copyright Act* [R.S.C., 1985, c. C-42, s. 2]:

2. . . .

"work" includes the title thereof when such title is original and distinctive; [Emphasis added.]

Apart from the word "Guinness" there is nothing that is original or distinctive in the title *Guinness Book of Olympic Records*. It is in fact a good deal less original and distinctive than the title "The Man Who Broke the Bank at Monte Carlo", with respect to which the Privy Council held use as the title of a film did not infringe copyright in a song of the same name.¹¹

Finally on this aspect of the matter, the whole question of copyright is, in my respectful opinion, a red herring. Whether or not the respondent has acquired the copyright to the title *Guinness Book of Olympic Records*, what is at issue in the present case is not copyright at all but rather the right to use the word "Olympic" as a trade-mark in association with films and cameras. Nothing in the *Copyright Act* touches that right in any way.¹²

¹¹ See *Francis Day & Hunter, Ltd. v. Twentieth Century Fox Corporation, Ltd.*, [1940] A.C. 112 (P.C.).

¹² By way of example, an artist who painted a picture of someone's trade-mark would have copyright in his work but

(Continued on next page)

manifestement pour la promotion des pellicules et des appareils-photos Konica. À mon avis, elle ne pouvait agir ainsi.

Il faut mentionner deux derniers points.

Tout d'abord, l'intimée a allégué son droit, en tant que titulaire de licence, au droit d'auteur dans le titre *Guinness Book of Olympic Records*. On n'a pas insisté avec vigueur sur cette question à l'audience, et avec raison. Les éléments de preuve ne font état d'aucune mention de l'auteur du titre *Guinness Book of Olympic Records* ou de la date à laquelle il a été publié pour la première fois. Compte tenu de la prétendue ancienneté des publications, il n'est aucunement impossible que tout droit d'auteur sur le titre soit aujourd'hui expiré. Même si un tel droit d'auteur subsistait, toutefois, sa nature est limitée par la définition du terme «œuvre» de la *Loi sur le droit d'auteur* [L.R.C. (1985), chap. C-42, art. 2]:

2. . . .

«œuvre» Est assimilé à une œuvre le titre de l'œuvre lorsque celui-ci est original et distinctif; [C'est moi qui souligne.]

Mis à part le terme «Guinness», rien dans le titre *Guinness Book of Olympic Records* n'est original ou distinctif. En fait, ce titre est beaucoup moins original et distinctif que le titre «The Man Who Broke the Bank at Monte Carlo» à l'égard duquel le Conseil privé a conclu que son emploi comme titre d'un film ne violait pas le droit d'auteur de la chanson du même nom¹¹.

Pour en terminer avec cet aspect de l'affaire, toute la question du droit d'auteur n'est soulevée, à mon humble avis, que pour brouiller la piste. Que l'intimée ait ou non acquis le droit d'auteur sur le titre *Guinness Book of Olympic Records*, en l'espèce, le litige ne porte aucunement sur le droit d'auteur, mais plutôt sur le droit d'employer le terme «Olympic» comme marque de commerce en liaison avec des pellicules photographiques et des appareils-photos. Rien dans la *Loi sur le droit d'auteur* ne touche ce droit de quelque façon¹².

¹¹ Voir *Francis Day & Hunter, Ltd. v. Twentieth Century Fox Corporation, Ltd.*, [1940] A.C. 112 (P.C.).

¹² À titre d'exemple, l'artiste ayant reproduit par la peinture la marque de commerce de quelqu'un aurait un droit d'auteur

(Suite à la page suivante)

In the second place, the respondent alleged that the words "or otherwise" as they appear in sections 9 and 11 of the *Trade-marks Act* were *ultra vires* of the Parliament of Canada as they are unlimited in application and can operate so as to restrict freedom of speech and to restrain the exercise of ordinary civil rights within the provinces. The Attorney General of Canada sought and obtained leave to intervene on this point but we did not find it necessary to call upon him. In my view, a reading of the plain words of sections 9 and 11 in their context restricts the scope of the words "or otherwise" to use of an official mark, or one so nearly resembling it as to be likely to be mistaken for it, in connection with a business. When so read, the prohibition is functionally related to the regulatory scheme of the Act as a whole. Its purpose is manifestly to round out and complete that scheme and it is not *ultra vires*.¹³

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Trial Division and issue a permanent injunction prohibiting the respondent from selling, offering, distributing, advertising or exhibiting its edition of the *Konica Guinness Book of Olympic Records*; I would order the respondent to deliver up all copies of the said book and related materials. As it is not clear from the present state of the record whether the appellant still has or wishes to assert a claim for damages, I would give it liberty to move in the Trial Division for a reference to determine such damages, if any. The appellant is entitled to its costs in the Trial Division as well as on appeal.

(Continued from previous page)

that would not allow him to use the work as a trade-mark. Conversely, the owner of the trade-mark could not reproduce the work without the authority of the owner of the copyright. The two rights are quite distinct.

¹³ See, in the same vein, this Court's decision with regard to another section of the Act in *Asbjorn Horgard A/S v. Gibbs/Nortac Industries Ltd.*, [1987] 3 F.C. 544.

Ensuite, l'intimé a allégué que les termes «ou autrement» qui figurent aux articles 9 et 11 de la *Loi sur les marques de commerce* étaient exorbitants de la compétence du législateur canadien, puisque leur application est illimitée et qu'ils peuvent avoir pour effet de restreindre la liberté d'expression et l'exercice de droits civils ordinaires dans les provinces. Le procureur général du Canada a demandé et a obtenu l'autorisation d'intervenir sur ce point, mais nous n'avons pas cru nécessaire de lui donner la parole. À mon avis, la lecture du libellé clair des articles 9 et 11, dans leur contexte, limite la portée des termes «ou autrement» à l'emploi d'une marque officielle ou d'une marque qui lui ressemble à un point tel qu'on pourrait vraisemblablement la confondre avec elle, relativement à une entreprise. Il ressort de cette lecture que la prohibition est, de façon fonctionnelle, reliée au cadre réglementaire de la Loi dans son ensemble. Son intention est manifestement de parfaire et de compléter ce cadre, et elle n'est pas inconstitutionnelle¹³.

J'accueillerais l'appel, j'annulerais le jugement de la Section de première instance et je décernerais une injonction permanente interdisant à l'intimée de vendre, offrir, distribuer, annoncer ou exposer son édition du *Konica Guinness Book of Olympic Records*; j'ordonnerais également à l'intimée de restituer toutes les copies du même livre et le matériel relié. Puisque l'état présent du dossier ne permet pas de savoir si l'appelante conserve ou souhaite faire valoir une demande en dommages-intérêts, je la laisserais libre de présenter une demande de renvoi à la Section de première instance afin que les dommages-intérêts, s'il en est, soient évalués. L'appelante a droit aux frais engagés à la Section de première instance et à l'appel.

(Suite de la page précédente)

sur son œuvre mais cela ne lui permettrait pas d'employer cette œuvre comme marque de commerce. Réciproquement, le propriétaire de la marque de commerce ne pourrait reproduire l'œuvre sans l'autorisation du propriétaire du droit d'auteur. Les deux droits sont tout à fait indépendants.

¹³ Voir, dans la même veine, la décision de cette Cour sur un autre article de la Loi dans l'affaire *Asbjorn Horgard A/S c. Gibbs/Nortac Industries Ltd.*, [1987] 3 C.F. 544.

MACGUIGAN J.A.: I agree.

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

LINDEN J.A.: I agree.

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

A-181-90

M. A. Fish in his capacity as the Mining Recorder, Whitehorse Mining District and Minister of Indian & Northern Affairs (Appellants) (Respondents)

v.

Laurence B. Halferdahl (Respondent) (Applicant)

INDEXED AS: HALFERDAHL v. CANADA (MINING RECORDER, WHITEHORSE MINING DISTRICT) (C.A.)

Court of Appeal, Heald, Hugessen and Stone J.J.A.—Vancouver, December 11, 1991; Ottawa, January 27, 1992.

Construction of statutes — Yukon Quartz Mining Act, s. 13(1) — Other excepting language in subsection suggesting “or other like reservations” signifying lands which may be reserved required by Government of Canada for present or future use, not present use only — “Like” indicating reservation should possess common characteristic of being required for public purpose — Order in council withdrawing lands from disposal under Territorial Lands Act to facilitate settlement of native land claims within s. 13(1) — Although not reserved as “Indian reserve”, stated purpose similar as lands reserved will be for Indians if part of final settlement of existing land claims — Order quashing mining recorder’s refusal to record claims set aside.

This was an appeal from an order quashing the mining recorder’s refusal to record claims which had been staked along the Burwash Creek in the Yukon Territory and *mandamus* requiring him to record those claims if they met the requirements of the *Yukon Quartz Mining Act*. The *Territorial Lands Act*, paragraph 19(a) permits the Governor in Council to order the withdrawal of any territorial lands from disposal under that Act. The *Yukon Placer Mining Act*, subsection 93(1) permits the Governor in Council to prohibit entry to locate a claim onto land required for a public purpose. Paragraph 17(2)(d) provides that the right of an individual to do what he is entitled to do pursuant to subsection (1) may be restricted in the case of “lands . . . set apart and appropriated by the Governor in Council for any purpose described in paragraph 19(d) of the *Territorial Lands Act*”. The *Yukon Quartz Mining Act*, section 12 permits any adult to prospect on any vacant land in the Territory. Section 13 excepts Indian reserves, national parks and defence, “or other like reservations made by the Government of Canada”. There is no parallel provision to paragraph 17(2)(d). To facilitate the settlement of native land claims, the Governor in Council adopted an order in council pursuant to the *Territorial Lands Act*, paragraph 19(a) withdrawing the

A-181-90

M. A. Fish, en sa qualité de registraire minier du district minier de Whitehorse et ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien (appellants) a (intimés)

c.

Laurence B. Halferdahl (intimé) (requérant)

RÉPERTORIÉ: HALFERDAHL c. CANADA (REGISTRAIRE MINIER DU DISTRICT MINIER DE WHITEHORSE) (C.A.)

Cour d’appel, juges Heald, Hugessen et Stone, J.C.A.—Vancouver, 11 décembre 1991; Ottawa, 27 janvier 1992.

Interprétation des lois — Art. 13(1) de la Loi sur l’extraction du quartz dans le Yukon — D’autres dispositions d’exception de ce paragraphe donnent à penser que l’expression «ou autres réserves semblables» signifie que les terres qui peuvent être réservées sont exigées par le gouvernement fédéral pour un usage actuel ou futur et non seulement pour un usage actuel — Par «semblable», il faut entendre que la réserve devrait posséder une caractéristique commune, celle d’être nécessaire à la réalisation d’un objectif public — Le décret soustrayant des terres à l’aliénation prévue par la Loi sur les terres territoriales pour faciliter la résolution des revendications territoriales des autochtones est visé par l’art. 13(1) — Même si les terres réservées ne sont pas des «réserves indiennes», l’objectif déclaré est semblable car les terres réservées reviendront aux Indiens si elles font partie du règlement définitif des revendications territoriales existantes — L’ordonnance annulant le refus du registraire minier d’enregistrer les claims est annulée.

Il s’agit d’un appel d’une ordonnance annulant le refus du registraire minier d’enregistrer des claims qui avaient été jalonnés le long du ruisseau Burwash dans le territoire du Yukon et accordant un bref de *mandamus* exigeant du registraire minier qu’il enregistre les claims en question s’ils remplissent les conditions prévues par la *Loi sur l’extraction du quartz dans le Yukon*. L’alinéa 19a) de la *Loi sur les terres territoriales* permet au gouverneur en conseil de décréter que toute terre territoriale soit soustraite à l’aliénation prévue par la Loi. Le paragraphe 93(1) de la *Loi sur l’extraction de l’or dans le Yukon* permet au gouverneur en conseil d’interdire d’aller sur un terrain pour y localiser un claim lorsque ce terrain est nécessaire à une fin d’utilité publique. L’alinéa 17(2)d) prévoit que le droit d’un particulier de faire ce que le paragraphe (1) l’autorise à faire peut être restreint dans le cas des «terrains . . . mis à part et affectés par le gouverneur en conseil pour tout objet décrit à l’alinéa 19d) de la *Loi sur les terres territoriales*». L’article 12 de la *Loi sur l’extraction du quartz dans le Yukon* permet à tout adulte de prospecter sur toute terre vacante dans le Territoire. L’article 13 exempte les réserves indiennes, les parcs nationaux et les réserves pour la défense «ou autres réserves semblables établies par le gouvernement du

tracts of land in question from disposal under the Act. The Motions Judge held that since subsection 3(3) of the *Territorial Lands Act* provides that nothing in this Act shall limit the operation of the *Yukon Quartz Mining Act* or the *Yukon Placer Mining Act*, the order in council could not prevent the recording of the applicant's claims. Otherwise the *Territorial Lands Act* and its order in council would limit the operation of the *Yukon Quartz Mining Act*. Collier J. found it significant that the *Yukon Placer Mining Act* was tied in to the *Territorial Lands Act*, but the *Yukon Quartz Mining Act* was not. The issues were (1) whether *Territorial Lands Act*, subsection 3(3) limits the operation of the *Yukon Quartz Mining Act* and (2) the meaning of "or other like reservations made by the Government of Canada".

Indian councils, given leave to intervene upon this appeal, argued that Parliament was constitutionally barred from empowering the mining recorder to alienate an interest in land that might be needed in settling Indian land claims in the Yukon Territory. Both the appellants and respondent opposed this submission on the basis that the record was inadequate for the Court of Appeal to deal with such constitutional issue.

Held, the appeal should be allowed.

No opinion should be expressed on the constitutional issue as the appeal could be decided on a narrow point of statutory construction.

The absence of an express power to prohibit by regulation entry upon land for the purpose of locating a claim in *Yukon Quartz Mining Act*, subsection 13(1) is of no consequence given the wording of subsection 3(3) of the *Territorial Lands Act* that "Nothing in this Act shall be construed as limiting the operation of the *Yukon Quartz Mining Act*". If the limitation in the order in council is of a kind contemplated by *Yukon Quartz Mining Act* subsection 13(1), it is that Act and not the *Territorial Lands Act* which imposes the limitation. That the *Yukon Quartz Mining Act* is not tied in with the *Territorial Lands Act* would not be significant in the circumstances.

Although it was hard to understand what Parliament meant by the words "or other like reservations", use of other excepting language earlier in the subsection suggests that the lands are in immediate use or occupation or are for a future use. The descriptions "Indian reserves" and "national parks" indicate existing use. But "defence" and "quarantine" are not necessa-

Canada». Il n'existe pas de disposition parallèle à l'alinéa 17(2)d). Pour faciliter la résolution des revendications territoriales des autochtones, le gouverneur en conseil a pris un décret en application de l'alinéa 19a) de la *Loi sur les terres territoriales* pour soustraire les parcelles de terre en question de l'aliénation prévue par la Loi. Le juge des requêtes a statué que comme le paragraphe 3(3) de la *Loi sur les terres territoriales* prévoit que cette Loi n'a pas pour effet de limiter l'application de la *Loi sur l'extraction du quartz dans le Yukon* ou de la *Loi sur l'extraction de l'or dans le Yukon*, le décret ne pouvait empêcher le requérant de faire enregistrer ses claims. Autrement, la *Loi sur les terres territoriales* et son décret limiteraient l'application de la *Loi sur l'extraction du quartz dans le Yukon*. Il a semblé significatif au juge Collier qu'il existait un rapport entre la *Loi sur l'extraction de l'or dans le Yukon* et la *Loi sur les terres territoriales* et qu'un tel rapport n'existait pas entre cette dernière Loi et la *Loi sur l'extraction du quartz dans le Yukon*. Les questions en litige étaient celles de savoir (1) si le paragraphe 3(3) de la *Loi sur les terres territoriales* limite l'application de la *Loi sur l'extraction du quartz dans le Yukon* et (2) quelle est la signification de l'expression «ou autres réserves semblables établies par le gouvernement du Canada».

Les conseils indiens, qui ont obtenu l'autorisation d'intervenir dans le présent appel, prétendent que la Constitution empêche le législateur fédéral d'autoriser le registraire minier à aliéner des droits de nature immobilière qui peuvent être nécessaires à la résolution des revendications territoriales des Indiens dans le territoire du Yukon. Tant les appelants que l'intimé contestent ce moyen au motif que l'état du dossier ne permet pas à la Cour d'appel de se prononcer sur une pareille question constitutionnelle.

Arrêt: l'appel devrait être accueilli.

Aucune opinion ne devrait être exprimée sur la question constitutionnelle étant donné que l'appel peut être tranché uniquement sur une question étroite d'interprétation législative.

L'absence, au paragraphe 13(1) de la *Loi sur l'extraction du quartz dans le Yukon*, d'un pouvoir exprès d'interdire par règlement de se rendre sur des terres pour y localiser un claim n'a aucune importance compte tenu du libellé du paragraphe 3(3) de la *Loi sur les terres territoriales* qui prévoit que «rien dans la présente loi ne doit s'entendre comme limitant l'application de la *Loi sur l'extraction du quartz dans le Yukon*». Si la restriction prévue par le décret est du type de celles qu'envisage le paragraphe 13(1) de la *Loi sur l'extraction du quartz dans le Yukon*, c'est cette Loi et non la *Loi sur les terres territoriales* qui impose la restriction. Le fait qu'il n'existe pas de rapport entre la *Loi sur l'extraction du quartz dans le Yukon* et la *Loi sur les terres territoriales* serait sans importance dans les circonstances.

Bien qu'il soit difficile de saisir ce que le législateur fédéral voulait dire par les mots «ou autres réserves semblables», l'emploi d'autres dispositions d'exception qui apparaissent antérieurement dans ce paragraphe donne à penser que les terres sont présentement utilisées ou occupées ou qu'elles sont destinées à un usage futur. La mention des «réserves

rily so restricted, especially as they are separated by the conjunctive “and” from the first two categories. The words “or other like reservations” thus signify that the lands which may be reserved are required by the Government of Canada for a purpose that involves either a present or future use rather than a present use only. “Like” indicates that the reservation should be comparable with one or more of those expressly mentioned in that it possesses the common characteristic of being required by the Government of Canada for a broadly stated public purpose. The reservation made in the order in council falls within the language of subsection 13(1) in that the lands reserved are for a broad public purpose, i.e. “to facilitate the settlement of native land claims”. Although the reservation is not as an Indian reserve, the stated purpose is similar in that the lands reserved will be for Indians in the event they should become part of a final settlement of existing land claims.

Incidentally, a *Territorial Lands Act*, paragraph 19(a) “withdrawal” of lands from disposal is qualitatively different from lands which the Governor in Council may “set apart and appropriate” pursuant to paragraph 19(d) for the purpose of fulfilling treaty obligations and for any other purpose conducive to the welfare of Indians. A withdrawal of “territorial lands” must be for some stated purpose—in this case to make them available to facilitate the settlement of native land claims. The power to set apart and appropriate “areas or lands” pursuant to paragraph 19(d) appears to be broader, perhaps because the affected lands are not restricted to territorial lands. Also, although the *Territorial Lands Act* does not expressly authorize the Governor in Council to prevent the recording of mineral claims under the *Yukon Quartz Mining Act*, a withdrawal of lands from disposal pursuant to paragraph 19(a) has the effect of frustrating the mining recorder’s authority under the latter statute to record mineral claims.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.
Prohibition of Entry on Certain Lands Order, 1986, No. 1, SOR/86-1139, s. 2.
Territorial Lands Act, R.S.C. 1970, c. T-6, ss. 2, 3(3), 19(a), (d).
Withdrawal of Certain Lands from Disposal Order, 1986, No. 1, SI/86-220, s. 2.
Yukon Placer Mining Act, R.S.C. 1970, c. Y-3, ss. 17(1), (2)(d) (as am. by R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 49, s. 1), 93(1) (as enacted *idem*, s. 3).
Yukon Quartz Mining Act, R.S.C. 1970, c. Y-4, ss. 12 (as am. by S.C. 1984, c. 10, s. 1), 13, 49.

indiennes» et des «parcs nationaux» indique un usage actuel. Mais le sens des mots «défense» et «quarantaine» ne doit pas nécessairement être restreint de la sorte, d’autant plus qu’ils sont séparés des deux premières catégories par la conjonction «et». L’expression «ou autres réserves semblables» signifie donc que les terres qui peuvent être réservées sont exigées par le gouvernement fédéral pour un objet qui suppose un usage actuel ou futur plutôt qu’un usage exclusivement actuel. Par «semblable», il faut entendre que la réserve devrait être comparable à l’une ou plusieurs des réserves expressément mentionnées en ce sens qu’elle possède la caractéristique commune à ces réserves, à savoir que le gouvernement fédéral a besoin des terres pour réaliser un objectif public déclaré en des termes généraux. La réserve faite dans le décret est visée par le libellé du paragraphe 13(1) en ce sens que les terres réservées sont nécessaires à la réalisation d’un objectif public large, «la résolution des revendications des autochtones». Même si la réserve n’est pas une réserve indienne, l’objectif déclaré est semblable car les terres réservées reviendront aux Indiens si elles font partie du règlement définitif des revendications territoriales existantes.

À titre accessoire, il y a une différence sur le plan qualitatif entre la «soustraction» de terres à l’aliénation prévue à l’alinéa 19a) de la *Loi sur les terres territoriales* et la «mise à part et l’affectation» de terres dont parle l’alinéa 19d) dans le but de remplir des obligations contractées par traité ainsi que pour tout autre objet qui peut contribuer au bien-être des Indiens. On ne peut soustraire des «terres territoriales» que pour un objet déclaré: en l’espèce, pour les rendre disponibles pour faciliter la résolution des revendications territoriales des autochtones. Le pouvoir prévu à l’alinéa 19d) de mettre à part et d’affecter des «étendues de territoire» semble encore plus large, peut-être parce que les terres visées ne se limitent pas aux «terres territoriales». Par ailleurs, bien que la *Loi sur les terres territoriales* n’autorise pas expressément le gouverneur en conseil à empêcher l’enregistrement de claims miniers en vertu de la *Loi sur l’extraction du quartz dans le Yukon*, la soustraction de terres à l’aliénation que permet l’alinéa 19a) a pour effet de frustrer le registraire minier du pouvoir que cette Loi lui confère d’enregistrer des claims miniers.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Décret n° 1 de 1986 sur les terres interdites d’accès*, DORS/86-1139, art. 2.
Décret n° 1 de 1986 sur les terres soustraites à l’aliénation, TR/86-220, art. 2.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18.
Loi sur les terres territoriales, S.R.C. 1970, chap. T-6, art. 2, 3(3), 19a), d).
Loi sur l’extraction de l’or dans le Yukon, S.R.C. 1970, chap. Y-3, art. 17(1), (2)(d) (mod. par S.R.C. 1970 (1^{er} Supp.), chap. 49, art. 1), 93(1) (édicte, *idem*, art. 3).
Loi sur l’extraction du quartz dans le Yukon, S.R.C. 1970, chap. Y-4, art. 12 (mod. par S.C. 1984, chap. 10, art. 1), 13, 49.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

REVERSED:

Halferdahl v. Whitehorse Mining District (Mining Recorder) et al. (1990), 31 F.T.R. 303 (F.C.T.D.).

CONSIDERED:

Rex v. Loxdale (1758), 1 Burr. 445; 97 E.R. 394 (K.B.).

COUNSEL:

John R. Haig, Q.C. for appellants (respondents).
W. S. Berardino, Q.C. and *David C. Harris* for respondent (applicant).

Thomas R. Berger and *S. Walsh* for intervenor.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellants (respondents).

Russell & Dumoulin, Vancouver, for respondent (applicant).

Thomas R. Berger, Vancouver, for intervenor.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

STONE J.A.: This appeal is from an order of the Trial Division [(1990), 31 F.T.R. 303] made in a proceeding brought pursuant to section 18 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7]. That proceeding arose out of a refusal of the mining recorder appointed under the *Yukon Quartz Mining Act*, R.S.C. 1970, c. Y-4 to record 80 quartz mineral claims which had been staked by the respondent along the Burwash Creek in the southwestern portion of the Yukon Territory. The Trial Division granted relief in the nature of *certiorari* by quashing the mining recorder's decision and relief in the nature of *mandamus* requiring the mining recorder to record these mineral claims if the applications to do so meet the requirements of that statute.

The intervenors, the Kluane Tribal Council and the Council of Yukon Indians, were given leave to intervene in this appeal by order made by this Court on January 30, 1991. Since 1973, the Government of Canada and the Council of Yukon Indians have been

JURISPRUDENCE

DÉCISION INFIRMÉE:

Halferdahl c. District minier de Whitehorse (Registraire minier) et autre (1990), 31 F.T.R. 303 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Rex v. Loxdale (1758), 1 Burr. 445; 97 E.R. 394 (K.B.).

AVOCATS:

John R. Haig, c.r. pour les appelants (intimés).
W. S. Berardino, c.r. et *David C. Harris* pour l'intimé (requérant).

Thomas R. Berger et *S. Walsh* pour l'intervenant.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour les appelants (intimés).

Russell & Dumoulin, Vancouver, pour l'intimé (requérant).

Thomas R. Berger, Vancouver, pour l'intervenant.

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

LE JUGE STONE, J.C.A.: La Cour statue sur l'appel interjeté d'une ordonnance prononcée par la Section de première instance [(1990), 31 F.T.R. 303] dans le cadre d'une instance présentée en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7]. Cette instance découlait du refus du registraire minier nommé en vertu de la *Loi sur l'extraction du quartz dans le Yukon*, S.R.C. 1970, chap. Y-4, d'enregistrer 80 claims miniers de quartz qui avaient été jalonnés par l'intimé le long du ruisseau Burwash dans la partie sud-ouest du territoire du Yukon. La Section de première instance a accordé une réparation de la nature d'un bref de *certiorari* en annulant la décision du registraire minier et une réparation de la nature d'un *mandamus* en exigeant du registraire minier qu'il enregistre les claims miniers en question si les demandes d'enregistrement remplissaient les conditions prévues par la Loi en question.

Les intervenants, le Conseil tribal de Kluane et le Conseil des Indiens du Yukon, ont obtenu l'autorisation d'intervenir dans le présent appel aux termes d'une ordonnance prononcée par notre Cour le 30 janvier 1991. Depuis 1973, le gouvernement fédéral

negotiating a comprehensive land claim. In those negotiations, the parties agreed on the need to preserve the value of lands which might eventually be granted to the Yukon Indians in a final settlement and, to that end, to prevent further encumbrances on certain lands which might be chosen by the Yukon Indians as part of such a settlement.

Two issues are raised on this appeal. The first is asserted by the appellants with the support of the intervenors and is that the Motions Judge erred in construing the relevant statutory provisions as not prohibiting the mining recorder from recording the respondent's mineral claims. The other is asserted by the intervenors as an alternative. It is that Parliament is constitutionally barred from empowering any official, including the mining recorder, from making any alienation of land or interest in land that may be required to enable the Government of Canada to fulfil its duty to settle Indian land claims in accordance with certain "equitable principles" in what is now the Yukon Territory, and that we should declare the relevant legislation unconstitutional in so far as it purports to do so. The appellants and the respondent alike object to this argument being advanced at this stage on the basis, generally, that the state of the record does not allow the Court to know all the relevant facts of an historical nature that may have a bearing on the constitutional issue.

As I am content to decide the case on the narrow point of statutory construction, I prefer to express no opinion on the constitutional issue.

In order to fully appreciate the issue of statutory construction and its treatment by the learned Motions Judge, attention must be paid to the relevant provisions of the three federal statutes and of a federal order in council which were before him. The statutory provisions appear in paragraph 19(a) of the *Territorial Lands Act*, R.S.C. 1970, c. T-6, subsection

et le Conseil des Indiens du Yukon négocient une revendication territoriale globale. Au cours de ces négociations, les parties se sont entendues sur la nécessité de protéger la valeur des terres qui pourraient ultérieurement être concédées aux Indiens du Yukon à titre de règlement définitif et, pour arriver à cette fin, il a été convenu d'empêcher que d'autres charges ne grèvent certaines terres susceptibles d'être choisies par les Indiens du Yukon dans le cadre de ce règlement définitif.

Le présent appel soulève deux points litigieux. Le premier point est défendu par les appelants avec l'appui des intervenants. Il porte sur la question de savoir si le juge des requêtes a mal interprété les dispositions législatives pertinentes en statuant qu'elles n'interdisaient pas au registraire minier d'enregistrer les claims miniers de l'intimé. L'autre point litigieux est soulevé à titre subsidiaire par les intervenants. Ceux-ci prétendent que la Constitution empêche le législateur fédéral d'autoriser tout fonctionnaire, y compris le registraire minier, à procéder à l'aliénation de terres ou de droits de nature immobilière qui peut être nécessaire pour permettre au gouvernement du Canada de remplir son obligation de régler les revendications territoriales des Indiens conformément à certains «principes d'équité» dans ce qui constitue maintenant le territoire du Yukon, et que nous devrions déclarer les dispositions législatives pertinentes inconstitutionnelles dans la mesure où c'est ce qu'il prétend faire. Tant les appelants que l'intimé s'opposent à ce que ce moyen soit invoqué à cette étape-ci au motif qu'en général, l'état du dossier ne permet pas à la Cour de connaître tous les faits pertinents de caractère historique qui pourraient avoir une incidence sur la question constitutionnelle.

Comme je me contente de trancher l'affaire uniquement sur la question étroite de l'interprétation législative, je préfère ne pas exprimer d'opinion sur la question constitutionnelle.

Pour bien comprendre la question de l'interprétation législative et la façon dont le juge des requêtes l'a analysée, il y a lieu de s'arrêter sur les dispositions pertinentes des trois lois fédérales et du décret fédéral qui ont été portés à la connaissance du juge des requêtes. Les dispositions législatives se trouvent à l'alinéa 19a) de la *Loi sur les terres territoriales*,

93(1) [as enacted by R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 49, s. 3] of the *Yukon Placer Mining Act*, R.S.C. 1970, c. Y-3 and in section 12 [as am. by S.C. 1984, c. 10, s. 1] and subsection 13(1) of the *Yukon Quartz Mining Act*. They read as follows:

Territorial Lands Act

19. The Governor in Council may

(a) upon setting forth the reasons for withdrawal in the order, order the withdrawal of any tract or tracts of territorial lands from disposal under this Act;

Yukon Placer Mining Act

93. (1) Whenever in the opinion of the Governor in Council any land in the Territory is required for a harbour, airfield, road, bridge or other public work or for a national park, historic site, town site or other public purpose, he may by order prohibit entry on such land for the purpose of locating a claim or prospecting for gold or other precious minerals or stones except on such terms and conditions as he may prescribe.

Yukon Quartz Mining Act

12. Any individual eighteen years of age or over may enter, locate, prospect and mine for minerals on

(a) any vacant territorial lands in the Territory; and

(b) any lands in the Territory in respect of which the right to enter, prospect and mine for minerals is reserved to the Crown.

13. (1) There shall be excepted from the provisions of section 12 any land occupied by any building, and any land falling within the curtilage of any dwelling-house, and any land valuable for water-power purposes, or for the time being actually under cultivation, unless with the written consent of the owner, lessee or locatee or of the person in whom the legal estate therein is vested, and any land on which any church or cemetery is situated, and any land lawfully occupied for mining purposes, and also Indian reserves, national parks and defence, quarantine, or other like reservations made by the Government of Canada, except as provided by section 14.

Section 2 of the *Territorial Lands Act* defines "territorial lands" as meaning "lands in the . . . Yukon Territory that are vested in the Crown or of which the Government of Canada has power to dispose" and that same section defines "land" as including "mines,

S.R.C. 1970, chap. T-6, au paragraphe 93(1) [édicte par S.R.C. 1970 (1^{er} Supp.), chap. 49, art. 3] de la *Loi sur l'extraction de l'or dans le Yukon*, S.R.C. 1970, chap. Y-3 et à l'article 12 [mod. par S.C. 1984, chap. 10, art. 1] et au paragraphe 13(1) de la *Loi sur l'extraction du quartz dans le Yukon*. Voici le libellé de ces dispositions:

Loi sur les terres territoriales

19. Le gouverneur en conseil peut

a) en énonçant les raisons dans l'ordonnance, décréter que toute parcelle ou toutes parcelles de terres territoriales soient soustraites à l'aliénation prévue par la présente loi;

Loi sur l'extraction de l'or dans le Yukon

93. (1) Chaque fois que le gouverneur en conseil est d'avis qu'un terrain du Territoire est nécessaire à un port, un aéroport, une route, un pont ou à d'autres travaux publics ou à un parc national, un site historique, un emplacement urbain ou à une autre fin d'utilité publique, il peut par décret, interdire d'aller sur ce terrain aux fins de localiser un claim ou de prospecter pour découvrir de l'or ou d'autres minéraux précieux ou pierres précieuses si ce n'est selon les modalités qu'il peut prescrire.

Loi sur l'extraction du quartz dans le Yukon

12. Toute personne âgée d'au moins dix-huit ans peut pénétrer dans les terres suivantes, y localiser des claims, prospecter et creuser pour en extraire les minéraux:

a) toutes terres territoriales vacantes dans le Territoire;

b) toutes terres dans le Territoire à l'égard desquelles le droit d'y pénétrer, de prospecter et d'en extraire les minéraux est réservé à la Couronne.

13. (1) Sont exemptés de l'application des dispositions de l'article 12, un terrain occupé par un bâtiment, et un terrain compris dans les limites des dépendances d'une maison d'habitation, et un terrain propice à l'exploitation des forces hydrauliques, ou alors réellement en culture, à moins du consentement par écrit du propriétaire ou locataire ou de la personne à qui le droit légitime de succession à ce terrain est dévolu, et tout terrain sur lequel est situé une église ou un cimetière, et tout terrain légalement occupé pour fins d'exploitation minière, et aussi les réserves indiennes, les parcs nationaux et les réserves pour la défense et de quarantaine ou autres réserves semblables établies par le gouvernement du Canada, sauf les dispositions de l'article 14.

Voici la définition que l'article 2 de la *Loi sur les terres territoriales* donne de l'expression «terres territoriales»: «les terres . . . dans le territoire du Yukon qui sont dévolues à la Couronne ou dont le gouvernement du Canada a le pouvoir de disposer». Le même

minerals, easements, servitudes and all other interests in real property". This definition appears to include an interest such as that of the holder of a mineral claim which, prior to the issue of a lease, is, by virtue of section 49 of the *Yukon Quartz Mining Act*, "deemed to be a chattel interest, equivalent to a lease of the minerals in or under the land". A "mineral claim" is, by the definition contained in section 2, "a plot of ground staked out and acquired under the provisions of this Act" or under earlier adopted regulations or orders in council.

The provisions of subsection 3(3) and paragraph 19(d) of the *Territorial Lands Act*, and paragraph 17(2)(d) of the *Yukon Placer Mining Act* [as am. by R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 49, s. 1] were also relied upon in argument. By this latter paragraph, the right of an individual to do what he is entitled to do pursuant to subsection 17(1) of the *Yukon Placer Mining Act* may be restricted in the case of "lands . . . set apart and appropriated by the Governor in Council for any purpose described in paragraph 19(d) of the *Territorial Lands Act*". While parallel provisions do not appear in the *Yukon Quartz Mining Act*, the appellants and the intervenors contend that none were required because the closing words of subsection 13(1) of that Act in fact envision government action by order in council including that which is authorized under section 19 of the *Territorial Lands Act*.

I should deal here with two incidental points which were raised in argument on the construction of the *Territorial Lands Act*. First, I view a paragraph 19(a) "withdrawal" of lands from disposal as qualitatively different from lands which the Governor in Council may "set apart and appropriate" pursuant to paragraph 19(d) for the purpose of fulfilling treaty obligations and for any other purpose conducive to the welfare of the Indians. A withdrawal of "territorial lands" must be for some stated purpose; in the present case, for example, to make them available to facilitate the settlement of native land claims. The power to set apart and appropriate "areas or lands" pursuant to paragraph 19(d), on the other hand,

article prévoit que sont compris dans les terres «les mines, minéraux, servitudes et tous autres intérêts dans des biens réels». Cette définition semble englober les droits comme celui que possède le détenteur d'un claim minier qui, avant la signature d'un bail, est, aux termes de l'article 49 de la *Loi sur l'extraction du quartz dans le Yukon*, «censé [être] un intérêt sur biens meubles, équivalant à la location . . . des minéraux souterrains». L'article 2 définit un «claim minéral» dans les termes suivants: «lopin de terre jalonné et acquis sous les dispositions de la présente loi» ou en vertu de règlements ou de décrets pris antérieurement.

Les dispositions du paragraphe 3(3) et de l'alinéa 19d) de la *Loi sur les terres territoriales* et l'alinéa 17(2)d) de la *Loi sur l'extraction de l'or dans le Yukon* [mod. par S.R.C. 1970 (1^{er} Supp.), chap. 49, art. 1] ont également été invoquées lors du débat. Aux termes de ce dernier alinéa, le droit d'un particulier de faire ce que le paragraphe 17(1) de la *Loi sur l'extraction de l'or dans le Yukon* l'autorise à faire peut être restreint dans le cas des «terrains . . . mis à part et affectés par le gouverneur en conseil pour tout objet décrit à l'alinéa 19d) de la *Loi sur les terres territoriales*». Bien que la *Loi sur l'extraction du quartz dans le Yukon* ne contienne pas de dispositions parallèles, les appelants et les intervenants prétendent qu'aucune disposition de ce genre n'était nécessaire parce que les derniers mots du paragraphe 13(1) de cette Loi prévoient en fait la possibilité pour le gouvernement de prendre des mesures au moyen d'un décret, y compris celui qui est autorisé par l'article 19 de la *Loi sur les terres territoriales*.

J'aimerais traiter ici de deux questions accessoires qui ont été soulevées lors du débat sur l'interprétation de la *Loi sur les terres territoriales*. Premièrement, j'estime qu'il y a une différence sur le plan qualitatif entre la «soustraction» de terres à l'aliénation dont il est question à l'alinéa 19a) et «la mise à part et l'affectation» de terres dont parle l'alinéa 19d) dans le but de remplir des obligations contractées par traité ainsi que pour tout autre objet qui peut contribuer au bien-être des Indiens. On ne peut soustraire des «terres territoriales» que pour un objet déclaré; en l'espèce, par exemple, pour les rendre disponibles pour faciliter la résolution des revendications territoriales des autochtones. D'autre part, le pouvoir prévu

appears to be broader still, perhaps because the affected lands are not restricted to "territorial lands". Secondly, although the *Territorial Lands Act* does not expressly authorize the Governor in Council to prevent the recording of mineral claims under the *Yukon Quartz Mining Act*, it seems to me that a withdrawal of lands from disposal pursuant to paragraph 19(a) has the effect of frustrating the mining recorder's authority under the latter statute to record mineral claims and thereby prevents him from doing so.

Two orders in council, P.C. 1986-2764 [*Withdrawal of Certain Lands from Disposal Order, 1986, No. 1, SI/86-220*] and P.C. 1986-2796 [*Prohibition of Entry on Certain Lands Order, 1986, No. 1, SOR/86-1139*], were adopted on December 11, 1986. The operative portions of order in council P.C. 1986-2764, made pursuant to paragraph 19(a) of the *Territorial Lands Act*, read:

2. Pursuant to paragraph 19(a) of the *Territorial Lands Act*, for the reason that the tracts of territorial lands described in the schedule are required to facilitate the settlement of native land claims, the said tracts, including all mines and minerals, whether solid, liquid or gaseous, but excluding sand and gravel that may be disposed of pursuant to the *Territorial Quarrying Regulations*, are, subject to section 3, hereby withdrawn from disposal under the *Territorial Lands Act* for the period terminating on May 31, 1988 without prejudice to the holders of

(a) recorded mineral claims in good standing under the *Yukon Quartz Mining Act* and the *Yukon Placer Mining Act*;

(b) permits, special renewal permits and leases in good standing under the *Canada Oil and Gas Land Regulations*;

(c) existing interests granted pursuant to the *Canada Oil and Gas Act*;

(d) leases and agreements for sale in good standing under the *Territorial Lands Regulations*; and

(e) other surface rights in good standing granted under section 4 of the *Territorial Lands Act*.

Order in council P.C. 1986-2796, adopted pursuant to section 93 of the *Yukon Placer Mining Act*, reads in part:

2. Pursuant to section 93 of the *Yukon Placer Mining Act*, for the reason that the lands described in the schedule are required to facilitate the settlement of native land claims, entry on the

à l'alinéa 19d) de mettre à part et d'affecter des «étendues de territoire» semble encore plus large, peut-être parce que les terres visées ne se limitent pas aux «terres territoriales». En second lieu, bien que la *Loi sur les terres territoriales* n'autorise pas expressément le gouverneur en conseil à empêcher l'enregistrement de claims miniers en vertu de la *Loi sur l'extraction du quartz dans le Yukon*, il me semble que la soustraction de terres à l'aliénation que permet l'alinéa 19a) a pour effet de frustrer le registraire minier du pouvoir que cette Loi lui confère d'enregistrer des claims miniers et qu'elle l'empêche de ce fait de le faire.

Le 11 décembre 1986, deux décrets ont été pris: le décret C.P. 1986-2764 [*Décret n° 1 de 1986 sur les terres soustraites à l'aliénation, TR/86-220*] et le décret C.P. 1986-2796 [*Décret n°1 de 1986 sur les terres interdites d'accès, DORS/86-1139*]. Voici le dispositif du décret C.P. 1986-2764 pris en application de l'alinéa 19a) de la *Loi sur les terres territoriales*:

2. En vertu de l'alinéa 19a) de la *Loi sur les terres territoriales* et en raison du fait que les parcelles de terres territoriales décrites à l'annexe sont nécessaires à la résolution des revendications des autochtones, sous réserve de l'article 3, lesdites parcelles de terres, y compris les mines et les minéraux solides, liquides ou gazeux qu'elles renferment, sauf le gravier et le sable qui peuvent être aliénés conformément au *Règlement sur l'exploitation de carrières territoriales*, sont soustraites à l'aliénation prévue par la *Loi sur les terres territoriales*, durant la période se terminant le 31 mai 1988, sans préjudice aux droits des détenteurs

a) d'un claim minier enregistré qui a été acquis conformément à la *Loi sur l'extraction du quartz dans le Yukon* ou à la *Loi sur l'extraction de l'or dans le Yukon*;

b) d'un permis, d'un permis avec clause spéciale de renouvellement ou d'une concession, accordés en vertu du *Règlement sur les terres pétrolifères et gazifères du Canada*;

c) de droits accordés en vertu de la *Loi sur le pétrole et le gaz du Canada*;

d) d'un bail ou d'une convention de vente conclus en vertu du *Règlement sur les terres territoriales*; ou

e) d'autres droits de superficie accordés en vertu de l'article 4 de la *Loi sur les terres territoriales*.

Voici un extrait du décret C.P. 1986-2796 pris en application de l'article 93 de la *Loi sur l'extraction de l'or dans le Yukon*:

2. En vertu de l'article 93 de la *Loi sur l'extraction de l'or dans le Yukon* et en raison du fait que les terres décrites à l'annexe sont nécessaires à la résolution des revendications des

said lands for the purpose of locating a claim or prospecting for gold or other precious minerals or stones is hereby prohibited for the period terminating on May 31, 1988.

It was common ground that order in council P.C. 1986-2796 is not relevant to the issue of statutory construction.

In granting the relief sought by the respondent, the learned Motions Judge stated, at pages 307-308 of his reasons for order:

First, it is clear from ss. 3(3) of the **Territorial Lands Act** that nothing occurring under that statute should have an effect on the **Yukon Quartz Mining Act** or the **Yukon Placer Mining Act**. Section 3(3) of the **Territorial Lands Act** provides:

“(3) Nothing in this Act shall be construed as limiting the operation of the **Yukon Quartz Mining Act**, the **Yukon Placer Mining Act**, the **Dominion Water Power Act** or the **National Parks Act**.”

Order-in-Council 1986-2764 cannot then prevent the applicant from having his claims recorded. To hold otherwise would allow the **Territorial Lands Act** and its Order-in-Council to limit the operation of the **Yukon Quartz Mining Act**.

To my mind, an “other like reservation”, for the purpose of ss. 13(1) of the **Yukon Quartz Mining Act**, would require a regulation made directly under that subsection. That is the way s. 93 of the **Yukon Placer Mining Act** functions, as evidenced by Order-in-Council 1986-2796.

Furthermore, a comparison of s. 13(1) of the **Yukon Quartz Mining Act** and ss. 17(2) of the **Yukon Placer Mining Act** shows the **Territorial Lands Act** can have an effect on the latter, but not on the former. A reading of the two sections demonstrates the **Yukon Placer Mining Act** is tied in to the **Territorial Lands Act**. The **Yukon Quartz Mining Act** is not so connected.

Counsel for the respondents argued I should construe the three Acts here to form a whole. Therefore, it was said, a reservation created under the **Territorial Lands Act** would operate as a reservation for the **Yukon Quartz Mining Act**. I do not accept that submission. If parliament intended to have all three statutes operationally similar, it could have expressly done so. It has done exactly that, in ss. 17(2) of the **Yukon Placer Mining Act**. It has not done so in the **Yukon Quartz Mining Act**.

The respondents contended the words in Order-in-Council 1986-2764, “without prejudice to the holders of . . . recorded

autochtones, il est interdit durant la période se terminant le 31 mai 1988 de pénétrer sur lesdites terres aux fins de localiser un claim ou de prospecter pour découvrir de l’or ou d’autres minéraux précieux ou pierres précieuses.

Il est acquis aux débats que le décret C.P. 1986-2796 n’est pas pertinent à la question de l’interprétation législative.

Pour accorder la réparation sollicitée par l’intimé, le juge des requêtes a déclaré, aux pages 307 et 308 des motifs de son ordonnance:

D’abord, il est clair, d’après le par. 3(3) de la **Loi sur les terres territoriales**, qu’aucune mesure prise en vertu de cette Loi ne peut avoir d’incidence sur la **Loi sur l’extraction du quartz dans le Yukon** ou sur la **Loi sur l’extraction de l’or dans le Yukon**. Le paragraphe 3(3) de la **Loi sur les terres territoriales** dispose:

«(3) La présente loi n’a pas pour effet de limiter l’application de la **Loi sur l’extraction du quartz dans le Yukon**, de la **Loi sur l’extraction de l’or dans le Yukon**, de la **Loi sur les forces hydrauliques du Canada** ou de la **Loi sur les parcs nationaux**.»

Il s’ensuit que le décret 1986-2764 ne peut empêcher le requérant de faire enregistrer ses claims. Prétendre le contraire signifierait que la **Loi sur les terres territoriales** et son décret pourraient limiter l’application de la **Loi sur l’extraction du quartz dans le Yukon**.

À mon avis, une «autre réserve semblable», aux fins du par. 13(1) de la **Loi sur l’extraction du quartz dans le Yukon**, doit s’entendre d’un règlement pris directement en vertu de ce paragraphe. L’article 93 de la **Loi sur l’extraction de l’or dans le Yukon** fonctionne d’ailleurs selon ce principe, comme le fait voir le décret 1986-2796.

En outre, si l’on compare le par. 13(1) de la **Loi sur l’extraction du quartz dans le Yukon** au par. 17(2) de la **Loi sur l’extraction de l’or dans le Yukon**, nous voyons que la **Loi sur les terres territoriales** peut avoir un effet sur cette dernière, mais non sur la première. La lecture de ces deux paragraphes permet de constater qu’il existe un rapport entre la **Loi sur l’extraction de l’or dans le Yukon** et la **Loi sur les terres territoriales**. Un tel rapport n’existe pas entre cette dernière et la **Loi sur l’extraction du quartz dans le Yukon**.

Selon l’avocat des intimés, je devrais interpréter ces trois lois comme si elles formaient un tout. Par conséquent, estime-t-il, une réserve créée sous le régime de la **Loi sur les terres territoriales** constituerait par le fait même une réserve sous l’empire de la **Loi sur l’extraction du quartz dans le Yukon**. Je ne puis souscrire à cet argument. Si le législateur voulait que ces trois lois aient des effets semblables, il l’aurait précisé. C’est exactement ce qu’il a fait au par. 17(2) de la **Loi sur l’extraction de l’or dans le Yukon**. Cependant, il ne l’a pas fait dans la **Loi sur l’extraction du quartz dans le Yukon**.

Les intimés ont prétendu que les termes employés dans le décret 1986-2764, «sans préjudice aux droits des déten-

mineral claims in good standing under the **Yukon Quartz Mining Act** and the **Yukon Placer Mining Act**”, implied that further claims under those statutes would not be accepted after the date of the Order-in-Council. I do not accept that submission. The effect of the quoted words is to allay fears of those who have recorded claims. It also indicates a recognition the **Territorial Lands Act**, and its Order-in-Council, do not circumscribe the operation of the other statutes.

For all these reasons, I conclude the reservation made pursuant to the **Territorial Lands Act** does not prevent registration of a mining claim under the **Yukon Quartz Mining Act**. Order-in-Council 1986-2764 cannot serve as a basis for refusing to record the applicant’s claims.

The appellant submits that the three statutes can and should be read *in pari materia* and relies especially on what was stated by Lord Mansfield in *Rex v. Loxdale* (1758), 1 Burr. 445 (K.B.), at page 447 [97 E.R. 394, at page 395]:

Where there are different statutes *in pari materia* though made at different times, or even expired, and not referring to each other, they shall be taken and construed together, as one system, and as explanatory of each other.

In the view I have of the case before us, I do not find it necessary to deal with the merits of this submission.

The real issue is whether the learned Judge was right in the construction he placed upon the provisions of the **Territorial Lands Act** and the **Yukon Quartz Mining Act** with which he dealt in the passage I have just recited. It seems to me that two separate questions are here raised for consideration. The first is whether the provisions of subsection 3(3) of the **Territorial Lands Act** limit the operation of the **Yukon Quartz Mining Act** in the manner the learned Judge thought. It was significant to him that subsection 13(1) of the **Yukon Quartz Mining Act** does not provide the Governor in Council with express power by regulation to prohibit entry upon land for the purpose of locating a claim, as does section 93 of the **Yukon Placer Mining Act**, and that subsection 17(2) of this latter Act is expressly “tied in to the **Territorial Lands Act**” and that “[t]he **Yukon Quartz Mining Act** is not so connected”. In my respectful opinion, the absence of such an express power in subsection 13(1) is of no moment in view of the very wording of subsection

teurs ... d’un claim minier enregistré qui a été acquis conformément à la **Loi sur l’extraction du quartz dans le Yukon** ou à la **Loi sur l’extraction de l’or dans le Yukon**», signifiaient que d’autres claims sous le régime de ces lois ne pourraient être acceptés après la date du décret. Je n’accepte pas cet argument. Cette disposition vise à rassurer les détenteurs de claims enregistrés. En outre, elle sanctionne le fait que la **Loi sur les terres territoriales** et le décret pris sous son empire n’ont pas pour effet de limiter l’application d’autres lois.

Pour toutes ces raisons, j’en conclus que la réserve établie en application de la **Loi sur les terres territoriales** n’empêche pas l’enregistrement d’un claim minier sous le régime de la **Loi sur l’extraction du quartz dans le Yukon**. Le décret 1986-2764 ne peut servir de fondement au refus d’enregistrer les claims du requérant.

L’appelant prétend que les trois lois peuvent et doivent être interprétées *in pari materia* et il se fonde spécialement sur ce que lord Mansfield a déclaré dans le jugement *Rex v. Loxdale* (1758), 1 Burr. 445 (K.B.), à la page 447 [97 E.R. 394, à la page 395]:

[TRADUCTION] Lorsqu’il existe différentes lois portant sur la même matière, il faut les considérer et les interpréter ensemble, comme un système, comme s’expliquant l’une par l’autre, même si elles remontent à des époques différentes, même si certaines ont expiré et même si elles ne renvoient pas les unes aux autres.

Compte tenu de l’opinion que j’ai de l’affaire dont nous sommes saisis, je ne juge pas nécessaire d’examiner le bien-fondé de cette prétention.

La véritable question qui se pose est celle de savoir si le juge a bien interprété les dispositions de la **Loi sur les terres territoriales** et de la **Loi sur l’extraction du quartz dans le Yukon** qu’il a examinées dans le passage que je viens de reproduire. Il me semble qu’il y a lieu en l’espèce d’examiner deux questions distinctes. La première question est celle de savoir si les dispositions du paragraphe 3(3) de la **Loi sur les terres territoriales** limitent l’application de la **Loi sur l’extraction du quartz dans le Yukon** de la manière qu’a estimée le juge. Il lui a semblé significatif que le paragraphe 13(1) de la **Loi sur l’extraction du quartz dans le Yukon** ne confère pas au gouverneur en conseil le pouvoir exprès d’interdire par règlement de se rendre sur des terres pour y localiser un claim comme le fait l’article 93 de la **Loi sur l’extraction de l’or dans le Yukon** et qu’«il existe un rapport [explicite] entre» le paragraphe 17(2) de cette dernière Loi et «la **Loi sur les terres territoriales** [et qu’un] tel rapport n’existe pas entre cette dernière et la **Loi sur l’extraction**

3(3) of the *Territorial Lands Act* that: “Nothing in this Act shall be construed as limiting the operation of the *Yukon Quartz Mining Act*. . . .” [Emphasis added.] It seems to me that the appellants and the intervenors are correct in their submission that, if the limitation contained in order in council P.C. 1986-2764 is, indeed, of a kind that is contemplated by subsection 13(1) of the *Yukon Quartz Mining Act*, it is that Act and not the *Territorial Lands Act* which imposes the limitation. Accordingly, the fact that the *Yukon Quartz Mining Act* is, to use the Motion Judge’s phrase, not “tied in” with the *Territorial Lands Act* would be of no significance in the circumstances.

The critical question, in my view, is the meaning to be attributed to the words at the end of subsection 13(1) of the *Yukon Quartz Mining Act*, viz.

13. (1) . . . and also Indian reserves, national parks and defence, quarantine, or other like reservations made by the Government of Canada, except as provided by section 14. [Emphasis added.]

and, particularly the words which I have underlined. I describe the question in this way because it seems to me that if these words are found to evince an intention by Parliament to create an exception by a government order of the kind contained in order in council P.C. 1986-2764, there would be no need for subsection 13(1) of the *Yukon Quartz Mining Act* to have itself authorized the adoption of that sort of order.

It is difficult to understand exactly what Parliament intended by the words “or other like reservations” in subsection 13(1). However, it seems to me that some light on the problem is shed by other excepting language appearing earlier in that subsection. The use of the words “occupied” and “situated” and the phrases “actually under cultivation”, “lawfully occupied” and “land valuable for water-power purposes” suggest that the lands are in immediate use or occupation or are for a future use. Also, the descriptions “Indian

tion du quartz dans le Yukon». À mon humble avis, l’absence d’un tel pouvoir exprès au paragraphe 13(1) n’a aucune importance compte tenu du libellé même du paragraphe 3(3) de la *Loi sur les terres territoriales* qui prévoit que «Rien dans la présente loi ne doit s’entendre comme limitant l’application de la *Loi sur l’extraction du quartz dans le Yukon*. . . .» (C’est moi qui souligne.) Il me semble que les appelants et les intervenants ont raison de prétendre que, si la restriction prévue par le décret C.P. 1986-2764 est effectivement du type de celles qu’envisage le paragraphe 13(1) de la *Loi sur l’extraction du quartz dans le Yukon*, c’est cette Loi et non la *Loi sur les terres territoriales* qui impose la restriction. En conséquence, le fait que, pour reprendre l’expression du juge des requêtes, «il [n]’existe [pas] de rapport» entre la *Loi sur l’extraction du quartz dans le Yukon* et la *Loi sur les terres territoriales* serait sans importance dans les circonstances.

La question cruciale, à mon avis, est celle de la signification qu’il convient d’attribuer aux mots qui se trouvent à la fin du paragraphe 13(1) de la *Loi sur l’extraction du quartz dans le Yukon*, à savoir:

13. (1) . . . et aussi les réserves indiennes, les parcs nationaux et les réserves pour la défense et de quarantaine ou autres réserves semblables établies par le gouvernement du Canada, sauf les dispositions de l’article 14. [Soulignements ajoutés.]

et particulièrement aux mots que j’ai soulignés. Je formule la question de cette façon parce qu’il me semble que si l’on conclut que les mots en question démontrent que le législateur fédéral avait l’intention de créer une exception au moyen d’une ordonnance gouvernementale comme celle que contient le décret C.P. 1986-2764, il ne serait pas nécessaire que le paragraphe 13(1) de la *Loi sur l’extraction du quartz dans le Yukon* autorise lui-même la prise de ce genre de décret.

Il est difficile de saisir exactement ce que le législateur fédéral voulait dire par les mots «ou autres réserves semblables» au paragraphe 13(1). Il me semble toutefois que d’autres dispositions d’exception qui apparaissent antérieurement dans ce paragraphe jettent un peu de lumière sur le problème. L’emploi des mots «occupé» et «situé» et des expressions «réellement en culture», «légalement occupé» et «terrain propice à l’exploitation des forces hydrauliques» donne à penser que les terres sont présente-

reserves” and “national parks” indicate an existing use. Those of “defence” and “quarantine” are not necessarily to be so restricted, especially as they are separated by the conjunctive “and” from the first two categories. The words “or other like reservations”^a thus signify that the lands which may be reserved are required by the Government of Canada for a purpose that involves either a present or future use rather than a present use only.

It now remains necessary to ascertain the nature of a reservation intended by the description “or other like reservations”. Obviously, it need not be the “same” or “identical” to those which are enumerated i.e. “Indian reserves, national parks and defence, quarantine”, for neither of those words was employed by Parliament. The word “like” indicates that the reservation should be similar to or comparable with one or more of those expressly mentioned in that it possesses the common characteristic of those reservations. This common characteristic is that the lands are required by the Government of Canada for a broadly stated public purpose. Only a reservation of that kind may fall within the description “other like reservations”, in my opinion.

I am of the view that the reservation made in order in council P.C. 1986-2764 falls within the language of subsection 13(1) of the *Yukon Quartz Mining Act* in that the lands reserved are for a broad public purpose, i.e. “to facilitate the settlement of native land claims”. Also, although the reservation is not as an “Indian reserve”, the stated purpose is similar in that the lands reserved will be for Indians in the event they should become part of a final settlement of existing land claims.

I would allow the appeal and set aside the order of the Trial Division of February 12, 1990, with costs both here and in the Trial Division.

ment utilisées ou occupées ou qu’elles sont destinées à un usage futur. De plus, la mention des «réserves indiennes» et des «parcs nationaux» indique un usage actuel. Le sens des mots «défense» et «quarantaine»^a ne doit pas nécessairement être restreint de la sorte, d’autant plus qu’ils sont séparés des deux premières catégories par la conjonction «et». L’expression «ou autres réserves semblables» signifie donc que les terres qui peuvent être réservées sont exigées par le gouvernement fédéral pour un objet qui suppose un usage actuel ou futur plutôt qu’un usage exclusivement actuel.

Il nous reste à déterminer la nature de la réserve visée par l’expression «ou autres réserves semblables». Manifestement, il n’est pas nécessaire qu’elle soit «pareille» ou «identique» à celles qui sont énumérées, c’est-à-dire «les réserves indiennes, les parcs nationaux et les réserves pour la défense de quarantaine», car le législateur fédéral n’a employé aucun de ces mots. Par «semblable», il faut entendre que la réserve devrait être analogue ou comparable à l’une ou plusieurs des réserves expressément mentionnées en ce sens qu’elle possède la caractéristique commune à ces réserves. Cette caractéristique commune est que le gouvernement fédéral a besoin des terres pour réaliser un objectif public déclaré en des termes généraux. Seule une réserve de ce genre peut être visée par l’expression «autres réserves semblables», selon moi.

Je suis d’avis que la réserve faite dans le décret C.P. 1986-2764 est visée par le libellé du paragraphe 13(1) de la *Loi sur l’extraction du quartz dans le Yukon*, en ce que les terres réservées sont nécessaires à la réalisation d’un objectif public large, «la résolution des revendications des autochtones». Par ailleurs, même si la réserve n’est pas une «réserve indienne», l’objectif déclaré est semblable car les terres réservées reviendront aux Indiens si elles font partie du règlement définitif des revendications territoriales existantes.

Je suis d’avis d’accueillir l’appel et d’annuler l’ordonnance prononcée par la Section de première instance le 12 février 1990, avec dépens tant devant notre Cour que devant la Section de première instance.

HEALD J.A.: I agree.

LE JUGE HEALD, J.C.A.: Je suis du même avis.

HUGESSEN J.A.: I agree.

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: Je suis du même avis.

DIGESTS

Federal Court decisions digested are those not selected for full-text or abridged publication in the Canada Federal Court Reports. A copy of the full-text of any Federal Court decision may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

ACCESS TO INFORMATION

Application to review decision to disclose clauses of agreement for payment of subsidy by Canadian government to applicant as operator of ferry service between Newfoundland and Quebec—Clauses relating to termination of contract by Minister of Transport—Applicant arguing disclosure could reasonably be expected to result in material financial loss to applicant or to prejudice competitive position contrary to Access to Information Act, s. 20(1)(c)—Referring to time and money required to respond to critics who might lobby Minister to terminate contract—If contract cancelled and applicant tendering unsuccessfully on new contract, applicant would go out of business—Application dismissed—Applicant not proving disclosure could reasonably be expected to result in material financial loss or prejudice to its competitive position—In invoking s. 20(1)(c) must show “reasonable expectation of probable harm” in disclosure—Disclosure not affecting legal relations between parties to contract—Application based on proposition public should be denied information as to legal rights retained by Her Majesty to terminate contract involving expenditure of public funds for provision of public service, on grounds ministers more likely to exercise those rights differently if existence no longer secret—As general principle, such rationale not consistent with purposes of Act—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2, 20(1)(c),(d), 44(1).

NORTHERN CRUISER CO. V. CANADA (T-109-90, Strayer J., order dated 12/9/91, 7 pp.)

CITIZENSHIP

KNOWLEDGE REQUIREMENTS

Appeal from citizenship judge decision rejecting appellant's citizenship application for insufficient knowledge of Canada's political system and governmental institutions—Questions asked by citizenship judges sometimes too broad—Appellant having difficulty in understanding certain terms and concepts used in material to study—Unable to demonstrate sufficient knowledge of Canadian political system and governmental institutions—Appeal dismissed.

KOSKAY (RE) (T-3389-90, Reed J., judgment dated 6/9/91, 2 pp.)

CITIZENSHIP—Concluded

RESIDENCY REQUIREMENTS

Appeal from non-approval of appellant's citizenship application by citizenship judge—Whether residency requirements enunciated in Citizenship Act, s. 5(1)(c) satisfied—Appellant arriving in Canada in 1982 with no intention to reside here until completion of studies in Saudi-Arabia—Ties maintained by appellant with Canada during four years preceding citizenship application in July 1988 but no permanent residence established here during relevant years—Appellant always living with husband and three children while absent from Canada—Residency requirements not satisfied—Appeal dismissed and citizenship judge's decision maintained—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5(1)(c).

SHAW (RE) (T-840-90, Pinard J., judgment dated 20/9/91, 8 pp.)

COMBINES

Appeal and cross-appeal from order of Competition Tribunal pursuant to Competition Act, s. 75 following finding appellant refused to deal with Richard Brunet—In October 1986, Chrysler notifying Brunet “no longer any organizational responsibility” for handling orders for export of product from North America and his requirements would be handled by U.S. parent—Later notifying dealers product sold by it to them strictly to service Canadian customers, not for export—Subsequently including in dealer agreements power to terminate franchise if dealer selling parts to Brunet—Cross-appeal concerned with Tribunal's failure to order Chrysler to delete prohibition of sale for export from dealership agreements—Tribunal concluding lacked jurisdiction under s. 75 to make such order—No error in refusing to exclude competitive parts from scope of order—S. 75 not requiring refusal to trade and resulting inability to obtain adequate supplies be only factor substantially affecting business—Substantial effect sufficient, whatever impact of other factors—Appeal and cross-appeal dismissed—Competition Tribunal Act, R.S.C., 1985 (2nd

COMBINES—Concluded

Supp.), c. 19, s. 13—Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, s. 75 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45).

CHRYSLER CANADA LTD. v. CANADA (COMPETITION TRIBUNAL) (A-505-89, Mahoney J.A., judgment dated 19/9/91, 5 pp.)

COPYRIGHT**DAMAGES**

Reference to assess plaintiff's damages—Plaintiff having exclusive rights for Canada to distribute video cassettes produced in Hong Kong—Licencing defendant to distribute from November 1, 1986 to October 31, 1987—Defendant copying and selling tapes in contravention of licencing agreement—Licence terminated—Defendant convicted of fraud—Plaintiff submitting damages \$23,232 representing value of licence less production costs—Where customary to grant licences, royalty fee usual measure of damages—Total value of licence not accurate measure, licence having been terminated in first half of term—Impossible to ascertain volume of infringing reproduction—Where damages cannot be proved, nominal damages allowable, not necessarily small—Damages recommended at \$21,734.12 plus post-judgment interest and costs.

PROFEKTA INTERNATIONAL INC. v. NGUYEN (T-285-89, Preston P., report dated 31/7/91, 5 pp.)

CROWN**TORTS**

Government-licenced grain dealer going bankrupt—Appeal and cross-appeal from Trial Division decision ((1990), 33 F.T.R. 68) holding Crown liable in negligence for damages over and above *pro rata* share in proceeds of letter of credit posted as security with Canada Grain Commission by Econ Consulting Ltd., bankrupt grain dealer, and respondent's share of Econ's estate in bankruptcy—Liability in negligence of government agency for purely economic loss—Duty of care—Private law duty of care—Appeal dismissed (See *Brewer Bros. v. Canada (Attorney General)*, [1992] 1 F.C. 25 (C.A.))—Canada Grain Act, s. 36(1)(c) requiring Commission be satisfied as to sufficiency of security—Act strong evidence of private law duty of care—Relationship of proximity sufficient to give rise to such duty of care—Given purpose of security, duty of care existed notwithstanding losses economic rather than physical—Act containing no provision exempting Commission from liability to ensure adequate level of security—Implementation of policy decisions operational in nature giving rise to liability in negligence as Commission failed to meet applicable standard of care—Appropriate standard of care herein: whether appellant acted reasonably in light of all surrounding circumstances—Trial Judge justified in finding persistent neg-

CROWN—Concluded

ligence occurring over entire period Econ licensee—Crown vicariously liable by virtue of Crown Liability Act—Causation established as, on balance of probabilities, but for appellant's negligence, respondents would not have suffered injury complained of—Purely economic loss recoverable as Canada Grain Act enacted for purpose of protecting grain producers from purely economic loss—No contributory negligence: deferred pricing not negligence as accepted practice—Cross-appeal allowed: Trial Judge erred in assessment of damages by crediting Crown with interest earned on proceeds of security between date of realization and date of distribution—Interest on *pro rata* share of proceeds of security should have been awarded to cross-appellant grain producer—Canada Grain Act, S.C. 1970-71-72, c. 7, s. 36(1)(c).

DEVLOO v. CANADA (A-171-90, Stone J.A., judgment dated 21/5/91, 42 pp.)

COMTE v. CANADA (A-170-91, Stone J.A., judgment dated 21/5/91, 45 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE**CUSTOMS TARIFF**

S. 28 application to set aside decision of M.N.R. denying remission of \$1.2 million in customs duties paid on plastic trigger sprayers used to disperse cleaning liquids—Applicant seeking to obtain refund under Machinery Program to no avail—Minister refusing to consider application for refund as goods not classified under qualifying Customs Tariff item and time for appealing classification long expired—Letter from Assistant Deputy Minister of National Revenue dated May 14, 1990 qualifying as reviewable "decision or order"—Applicant's previous attempts to have plastic sprayers re-classified as machinery rejected by Minister—Intention of Parliament, as expressed in legislation, to be determined according to ordinary meaning of words—Court must interpret various pieces of legislation in consistent and harmonious way so as not to conflict with one another—Key determination one made by customs official initially—Under Customs Act, goods classified at time of entry—Initial determination of tariff classification not subject to review except as provided in Customs Act, ss. 60-65—No possibility of remission unless goods classified within qualifying Customs Tariff item—Machinery Program unified scheme at relevant time—Finality important in fixing liability for taxes—Time limitations for appeals and redeterminations therefore strictly enforced by courts—Court not reopening classification issue—Applicant failing to take appropriate steps within stipulated limitation periods, thus determinations concerning classification final—Minister decision unimpeachable—Application dismissed—Customs Tariff, R.S.C. 1970, c. C-41—Customs Act, S.C. 1986, c. 1, ss. 58(1), 61, 63, 67, 68.

BRISTOL-MYERS CANADA INC. v. M.R.N. (A-208-90, Linden J.A., judgment dated 2/10/91, 12 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE—Concluded**EXCISE TAX ACT**

Jet Fuel A-1 clearly within literal words of diesel fuel as defined by Excise Tax Act, s. 2(1)—Diesel fuel subject to certain rate of tax under Act, s. 50(1.1)(c)—“Aviation fuel” not clearly distinct from “diesel fuel” and “gasoline”—Both gasoline and diesel fuel can be used for aviation purposes—That use as heating oil only use-exclusion with respect to diesel fuels clear intention not to exclude diesel fuel used for aviation purposes from classification diesel fuel—Absence of specific definition making clear diesel fuel, aviation fuel and gasoline mutually exclusive categories—Jet Fuel A-1 falling under definition of diesel fuel under Act, s. 2—Appeals allowed—Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 2(1), 50(1.1) (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 15, s. 19(1); (2nd Supp.), c. 7, s. 16).

INTERNATIONAL FOREST PRODUCTS LTD. v. CANADA (T-1820-90, T-1813-90, Reed J., judgments dated 25/9/91, 5 pp.)

EXPROPRIATION

Determination of state of title of land in Baine Harbour, Newfoundland—Compensation payable to Estate of James W. Smith as title to parcels A and C vested therein immediately prior to expropriation—Parcel B, public path or right-of-way existing for many years, not owned by Estate but dedicated to public use—No one having proven right, estate or interest in parcel B immediately before expropriation, expropriated interest passing to Queen in Right of Canada—Other claimants, relying upon verbal permission to route sewer lines across parcels A, B and C, seeking settlement permitting continued use of sewer lines or that suitable alternate means of disposing of household sewage be provided at no cost—Such claimants having bare personal licence, not vested interest in real property—No right to compensation as result of expropriation—Land covered by water belonging to Newfoundland as no record of grant of any interest in parcel D—Compensation payable thereto.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. NEWFOUNDLAND (T-62-91, Martin J., determination dated 16/9/91, 8 pp.)

IMMIGRATION

Application for *certiorari* against immigration officer's decision insufficient humanitarian or compassionate grounds to allow applicants to apply for permanent residency from within Canada—Applicants, citizens of Trinidad, having paid immigration “consultants” to arrange emigration to Canada—Arriving on visitors' visas—Advised to apply for refugee status and for welfare, to be shared with “consultant”—Wife working, husband model student at community college—Wide discretion conferred by Act on Governor in Council to facilitate admission exercised in practice by immigration officer—Breadth of discretion nearly infringing rule of law—Guidelines permitting any desired conclusion—Im-

IMMIGRATION—Continued

migration officer's decision pathetically obtuse—No material on which to find officer's decision reviewable—Application dismissed—No costs awarded—Respondent's counsel directed to deposit reasons in Minister's office.

POLLARD v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-1039-91, Muldoon J., order dated 22/8/91, 10 pp.)

Motion to quash immigration official's decision denying applicant right to apply for landed immigrant status from within Canada because of insufficient humanitarian and compassionate grounds—Decision attacked on two grounds: (1) error of law by immigration official as only considering whether or not marriage entered into in view of obtaining landing in Canada (2) breach of duty to act fairly—Official's subsequent affidavit not relevant as to appearance of error of law on face of record—Affidavit not part of record—Applicant's memory of events probably better than that of immigration officer—Latter's affidavit not supported by objective evidence at time of interview—Failure to allow applicants to comment on inconsistencies alleged to exist between testimony of each breach of duty of fairness—Decision quashed.

PARIHAR v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-1987-91, Reed J., order dated 20/9/91, 5 pp.)

DEPORTATION

Application for stay of execution of deportation order—Applicant having applied for permanent residency from within Canada—Respondent deciding not to process application—Application pending before Court for review of decision not to process—No special and compelling circumstances warranting grant of stay—No evidence applicant would experience irreparable harm—Application dismissed.

TAVAGA v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (91-T-132, Pinard J., order dated 26/7/91, 2 pp.)

PRACTICE

Application for leave to apply for judicial review of adjudicator's interlocutory decision not to head Charter arguments—Motion out of time—No reasonable grounds for granting extension—Application dismissed—*Quare* whether adjudicator's interlocutory rulings subject to judicial review.

AGUILAR v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (91-T-55, Collier J., order dated 25/3/91, 4 pp.)

Application for order quashing decision of immigration officer insufficient humanitarian and compassionate grounds to allow applicant to apply for permanent residence, and compelling reconsideration on merits—Applicant and wife arrived in Canada from Ecuador in 1987—Affidavit and documentation silent about date refugee status first claimed and what decision taken and when—Applicant entitled to be heard, but was not

IMMIGRATION—Continued

because Department could not locate file—Decision rendered when no interview took place—Applicant forced down path of credible basis, instead of being given hearing according to *Yhap v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 1 F.C. 722 (T.D.)—Failure to give hearing meant applicant denied natural justice—30 minutes insufficient to cover material filed, hear representations, and explain purpose of hearing, and could not do justice to applicant—Immigration officer did not consider economic and establishment situations might in this case constitute grounds for humanitarian and compassionate recommendation, even though such grounds not usually sufficient—Decision of officer quashed.

VACA V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-278-91, Cullen, J., order dated 16/9/91, 7 pp.)

Motion to strike statement of claim seeking declarations (1) plaintiff never married and (2) answers to immigration counsellor with Canadian High Commission in New Delhi truthful—Plaintiff applied for permanent residency under program designated as Last Remaining Family Member—Denied on basis plaintiff married and had lied about marital status at interview—Plaintiff denying marriage—Providing Indian court order declaring marriages false—Application allowed—Outside Federal Court's jurisdiction to make such declarations—Court may only declare legal rights, but plaintiff seeking declarations of fact—Assuming allegations in statement of claim to be true, no existing cause of action—Obiter: that plaintiff obtained judgment from Indian court declaring marriages invalid *ex parte* not making Indian court's judgment invalid or of no value.

GILL V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-484-91, Teitelbaum J., order dated 19/9/91, 7 pp.)

Application to quash visa officer's decision of October 19, 1990 and for *mandamus* requiring respondent to implement decision of September 6, 1990—Applicant having obtained refugee status and right of establishment—Spouse and child in India applying for permanent residency—Mistakenly processed as refugees—Mistake discovered, new decision issued rejecting application—Statutory body having power to correct errors and give decision more in keeping with law—Application dismissed.

DHANJAL V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-1071-91, Joyal J., order dated 15/8/91, 5 pp.)

Mandamus requiring respondent to process application to sponsor applicant's parents for landed immigrant status—Necessary to obtain leave to commence such proceeding—Application in question not application to visa officer—Test for granting leave to commence s. 18 proceeding: whether serious issue to be tried—Requisite test not met—Slowness of processing of application not entirely within control of immigration officers—No significant prejudice

IMMIGRATION—Concluded

caused by delay as both parents in Canada—Motion for leave to commence s. 18 proceeding dismissed.

GILL V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-2103-91, Reed J., order dated 17/9/91, 6 pp.)

REFUGEE STATUS

Application to set aside determination pursuant to Immigration Act, s. 46.01(6) Convention refugee claimant having credible basis for claim—Determination reviewable decision under Federal Court Act, s. 28 as (1) adjudicator and member of Refugee Division constituting federal tribunal; (2) final determination as tribunal fully exhausted authority; and (3) decision from which legal rights flow (right to remain in Canada until claim exhausted)—S. 46(3) requiring tribunal to afford claimant and Minister reasonable opportunity to present evidence, cross-examine witnesses and make representations—Tribunal violating s. 46(3) in reaching conclusion based solely on claimant's "personal information form" while denying Minister's representative opportunity to test claimant's credibility—S. 46(3) mandatory and condition of tribunal's authority to refer claim to Refugee Division—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 46 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.) c. 28, s. 14), 46.01 (as enacted *idem*)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) V. LEAL (A-984-90, Marceau J.A., judgment dated 3/9/91, 2 pp.)

INCOME TAX

Application by M.N.R. for determination of question of law, fact, or mixed law and fact—Whether Chrysler Employee Stock Ownership Plan (ESOP) employee benefit plan within Income Tax Act, ss. 248(1), and 6(1)(g), or agreement to sell or issue shares to employees within meaning of s. 7—Chrysler contributed shares to Trust, and later distributed shares to employees—Chrysler Canada (C.C.) reimbursed Chrysler for portion of shares contributed for benefit of C.C. employees—Shares increased in value between contribution to Trust and distribution to employees—M.N.R. allowed C.C. to deduct reimbursements made to Chrysler, but taxed employees on basis they received taxable benefit in respect of shares distributed—If ESOP found to be employee benefit plan, then value of shares for year distributed must be included in employees' income—If ESOP was agreement to issue shares to employees, then employees deemed to have acquired shares at time trustee commenced to hold shares—Onus of proof remaining on taxpayer when Minister initiates reference—A determination of question is sought under s. 174(1), and not opinion—Determination binding on parties, opinion on reference not binding—Essence here challenge to assessment made by Minister, and onus therefore rests on taxpayer—Employees met onus of proving issue of shares came within s. 7(1), as agreement between employees and Chrysler—Unionized and non-unionized Canadian employees agreed to make conces-

INCOME TAX—Continued

sions in return for right of participation in ESOP—Court unable to find in s. 7(1) restrictive meaning of “agreement” found in *Fowler, N.W. v. M.N.R.* (1963), 32 Tax A.B.C. 353—Agreement referred to here can be oral or implied—S. 7(2)(a) provides special broad interpretation of words in s. 7(1)—Effect of s. 7(2)(a) to recognize there can be issue of shares to employee through trust and such shares deemed to have been acquired by employee when acquired by trust—As well, shares were held for employee, as stated in s. 7(2)—Does not matter some employees took cash rather than shares, as all employees were entitled to shares on date of distribution—Potential conflict between ss. 7(2) (deemed reception when issued to trustee) and 6(1)(g) (deemed reception when distributed by trustee) as to taxation year in which shares or their equivalent should be deemed to have been received by employees—Court only determining ESOP both employee benefit plan as defined in s. 248(1) and agreement to sell or issue shares under s. 7—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 6(1)(g) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 1), 7 (as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 3; S.C. 1986, c. 6, s. 2), 174 (as am. by S.C. 1980-81-82-83, chap. 158, art. 58, item 2), 248 (as am. by S.C. 1987, c. 46, s. 69).

M.N.R. v. CHRYSLER CANADA LTD. (T-1121-90, Strayer J., judgment dated 11/9/91, 16 pp.)

INCOME CALCULATION

Capital Gains

Whether Income Tax Act, s. 53(2)(c)(v) applicable to facts of case—Partnership agreement allowing partner to reduce partnership interest if third party willing to acquire withdrawing partner's reduced interest—Plaintiff reducing partnership interest from 40% to 15% and WBG Development Ltd. (plaintiff's company) increasing interest from 10% to 35%—Tax Court holding plaintiff disposed of 25% interest in partnership resulting in capital gain—Distinction to be drawn between disposition of partnership interest and distribution of partnership capital or income under Act, s. 53(2)(c)(v)—No distribution of partnership capital in present case—Action dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 53(2)(c)(v) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 24).

STURSBURG v. M.N.R. (T-1268-90, Reed J., judgment dated 27/9/91, 8 pp.)

Deductions

Three actions, tried together, where plaintiff appeals assessments of income tax returns for years 1978, 79, and 80—Plaintiff fraternal benefit society—Activities of plaintiff not related to life insurance business not taxable—In 1979, with effect for 1978, plaintiff implemented plan to pay member holders of certain life insurance policies extra “fraternal dividend”, claimed by plaintiff as deduction from tax, and disqualified by Revenue Canada—Prior to 1978 plaintiff had not generated income from life insurance operations, and had no practice of identifying portion of income as relating to fraternal purposes—No requirement for plaintiff to establish separate fund accounting for fraternal activities—Canadian and British

INCOME TAX—Continued

Insurance Companies Act only requiring separate fund for different classes of insurance—However, fact no separate fund set up has implications on claim to deduct portion of investment income in relation to income tax on life insurance operations—Sums claimed to be deducted not identified and do not appear in financial statements—Plaintiff society failed to establish deduction not income from life insurance business as reported in financial statements—Plaintiff's attributed investment income to notional portion of assets related to fraternal purposes—Such attribution without basis—Plaintiff manages investments as one pool—What portion of investment income to be attributed to its taxable life insurance business?—In view of plaintiff, fraternal dividend paid out of income arising from life insurance operations, and thus deductible, and fraternal assessment income arising from other than life insurance operations and not taxable—Long standing principle taxpayer free to organize affairs so as to be tax-efficient—Also, transaction within spirit and purpose of provision permitting deduction does not artificially reduce income merely because taxpayer was influenced to enter into it because of tax considerations—Declaration of fraternal dividends, as with regular dividends, consistent with business purposes of plaintiff in returning surplus earnings to its members, notwithstanding timing of declaration and pay-out was made differently—Fraternal dividend also within spirit and purpose of Income Tax Act, s. 138(3)(a)(iii) and (iv)—Timing of dividend indicative merely of prudence—Status of plaintiff as not operating for commercial gain, coupled with earnest effort to serve fraternal purposes underlay decision to implement fraternal dividends and to levy fraternal assessments—Board's decision to issue fraternal dividend did not diminish benefits, but was additional benefit—Board did not act beyond its authority—No deceit on behalf of plaintiff—Without element of deceit, taxpayer's actions cannot be classified as sham—When taken together, steps adopted by plaintiff not to create book-keeping entries to reduce income—Surplus not fictitious, nor did dividend reduce it below level needed for solvency—Court not persuaded declaration of dividends at year's end and including provision within accounts for year ended results in exclusion from s. 138(3)(a)(iii)(iv)—*Bona fide* business purposes existing for whole transaction—Thus fraternal dividends proper deductions—Fraternal assessments should not be added back to income of plaintiff, as would change basis of reassessments which make no reference to fraternal assessments as income from insurance—Plaintiff's action allowed and reassessments referred back to Minister save investment income claimed as deduction from income in 1979 and 1980—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 138(3)(a).

LUTHERAN LIFE INSURANCE SOCIETY OF CANADA v. CANADA (T-1391-83, MacKay J., judgment dated 15/10/91, 49 pp.)

During 1977 to 1981 plaintiff overhauling aircraft engines—Regulations requiring periodic replacement or overhaul of airplane engines—Whether overhauling engines manufacturing or processing in Canada goods for sale or lease thereby qualifying plaintiff—Cost of overhauling representing one third of sale value of new engine—Replacement of component parts below 50%—Contractual terms tending to indicate service, material repair and overhaul, rather than sales—Two lines of authority in such cases represented by (1) *Halliburton Ser-*

INCOME TAX—Continued

vices Ltd. v. R. (1985), 85 D.T.C. 5336 (F.C.T.D.); 90 D.T.C. 6320 (F.C.A.) and *Newsco Well Service Ltd. v. R.*, [1988] 2 C.T.C. 24 (F.C.T.D.); 90 D.T.C. 6312 (F.C.A.) favouring plaintiff (oil-well cases) and (2) *Crown Tire Service Ltd. v. The Queen*, [1984] 2 F.C. 219 (T.D.)—*Crown Tire* applied, notwithstanding distinguished by Federal Court of Appeal in cases appearing to favour plaintiff—Although activity (retreading tires) in *Crown Tire* manufacturing or processing, not with respect to goods for sale or lease—Fact work done to chattel owned by customer, as opposed to cases where customer never previously owned part of end product, most important factor—Contracts for engine overhaul or repair essentially for work, labour and materials, not for sale of goods—*Halliburton* and *Newsco* cases involved creation by taxpayer of good or product prior to use in provision of service—Federal Court of Appeal decisions in *Halliburton* and *Newsco* not overruling *Crown Tire*, but distinguishing it—*Halliburton* and *Newsco* distinguished as customers herein relying completely upon taxpayer's judgment for work and materials supplied; no new goods created for sale to customer prior to incorporation into customer's engine; taxpayer, not customer, in control of entire operation; title to materials used passing from taxpayer to customer by accession when attached to and part of engine being overhauled, not by sale—Position under Quebec law same as under common law—Processing goods for sale not plaintiff's primary purpose—Engaged in overhauling and repairing airplane engines which remained property of customers to which labour and materials which were added became part of overhauled or repaired engine by accession and not by sale—Appeal dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 20(1)(gg) (as enacted by S.C. 1977-78, c. 1, s. 14), 125.1(1) (as enacted by S.C. 1973-74, c. 29, s. 1)—Income Tax Regulations, C.R.C., c. 945, Schedule B, class 29.

ROLLS-ROYCE (CANADA) LTD. v. CANADA (T-1515-86, Martin J., judgment dated 11/10/91, 11 pp.)

Farming

Appeal from Tax Court of Canada decision dismissing plaintiff's action—Whether plaintiff's farming operations creating reasonable expectations of profit—Income tax assessments related to 1977, 1978, 1979 and 1980 taxation years—Plaintiff admitting being "hobby farmer" for last 20 years—In fact, full-time teacher and part-time farmer—Also active in partisan politics and generally community-minded—Plaintiff facing no extraordinary risks apart from those faced by all food growers—Court bound by principles established in *Moldowan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480—Criteria for reasonable expectation of profit explained in *Moldowan*—Whether source of income taxpayer's chief source of income both relative and objective test—Property maintained by plaintiff as means of rearing children and instilling moral and civic virtues—Personal and living expenses generated by property not deductible—Plaintiff's holistic view of "profit" not shared by jurisprudence—Chief source of income from teaching—Plaintiff having no reasonable expectation of profit as unable to make little farm profitable—Very small profits compared with important losses—Plaintiff showing hopeless, naive and invincible optimism—Action dismissed.

BLAKE v. M.N.R. (T-1424-84, Muldoon J., judgment dated 18/9/91, 22 pp.)

INCOME TAX—Concluded

SEIZURES

Opposition to seizure of house for estranged husband's taxes—Opposant and defendant married under community of property agreeing in 1978 to separation of property—Judgment homologating division of property with house as opposant's registered in registry of matrimonial regime—Deed of division only registered against land October 25, 1983—Writ of seizure served on defendant October 7, 1983—Conveyance of ownership of immovable only valid against third party if registered—Registration after seizure without effect—Exception to registration requirement limited to open and public possession—Nothing indicating to third party property changed hands—Opposition dismissed—Civil Code of Lower Canada, arts. 2090, 2091.

WOLF (RE) (ITA-4408-83, Denault J., order dated 23/7/91, 6 pp.)

JUDICIAL REVIEW

S. 28 application to review Human Rights Review Tribunal decision affirming Human Rights Tribunal decision—Respondents, all women, employed by applicant CBC as technicians operating video equipment—Complaining in 1983 and 1984 with Human Rights Commission for not receiving as many mobile assignments as men with similar qualifications and experience—Original Human Rights Tribunal finding violations of Canadian Human Rights Act, ss. 7(b), 10—Respondents treated differentially in receiving fewer assignments to mobile facilities, working fewer overtime hours and receiving less overtime pay than men—Appeal to Human Rights Review Tribunal on various grounds—No manifest error found in original Tribunal's findings of fact—Review Tribunal correct in deciding original Tribunal properly understood burden of proof and nature of defence—Also right in deciding original Tribunal acted properly and within jurisdiction in rejecting explanation of CBC and affirming finding of discrimination on basis of sex—Responsibility for violation of Canadian Human Rights Act not necessarily implying conscious wrongdoing or malicious intent—Act seeking not to punish wrongdoers but to reduce discrimination in society—Discrimination possibly inadvertent—Application dismissed—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 7(b), 10.

CANADIAN BROADCASTING CORP. v. O'CONNELL (A-285-90, Linden J.A., judgment dated 21/10/91, 9 pp.)

LABOUR RELATIONS

Application to set aside Canada Labour Relations Board decision respecting certification application—No breach of natural justice—Board's assumption facts well-founded not meaning inferences applicant wished to draw from those facts assumed nor that other established facts would not be considered, especially content of own previous decisions—Application dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

LETTER CARRIERS' UNION OF CANADA v. CANADIAN UNION OF POSTAL WORKERS (A-626-90, MacGuigan J.A., judgment dated 12/9/91, 2 pp.)

LABOUR RELATIONS—Concluded

S. 28 application by respondent's former employer against decision of adjudicator appointed under Canada Labour Code, s. 242(1)—Respondent Thorsen found to have been discharged for just cause but nevertheless awarded five month's pay with interest—Adjudicator's jurisdiction to make award, not conclusions of fact, in issue—Under s. 242, finding of just dismissal precluding award of remedies under s. 242(4)—Judicial review not foreclosed by s. 243—Court unable to make distinction between finding of just dismissal and finding of just cause for dismissal—Other findings and award made by adjudicator in excess of jurisdiction—Application allowed—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 242, 243.

THORSEN V. SILK FM BROADCASTING LTD. (A-992-90, Mahoney J.A., judgment dated 25/9/91, 4 pp.)

Application for review of certification decision of Deputy Chairman of PSSRB—Inclusion or exclusion in bargaining unit of five civilian employees of Canadian Forces radio network in Germany—PSSRB declined jurisdiction over issue—Court reversed PSSRB on basis of French text of Public Service Staff Relations Act, which makes clear exclusion from category of "employee" only for those recruited on spot—On rehearing, PSSRB concluded proper test: where employees hired; in present case, Canada—Present application seeks to review decision—Words of Act make it clear question of where employees hired determinative and answer to be determined by PSSRB as matter of fact—Board's decision to include employees in unit because employment is not casual or fleeting or ephemeral within its jurisdiction—Determination of which persons are to be excluded from category of "employees" left to PSSRB by Parliament—No reason to overturn Board's decision.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. ALLIANCE OF CANADIAN CINEMA, TELEVISION AND RADIO ARTISTS (ACTRA) (A-102-91, MacGuigan J.A., judgment dated 13/9/91, 7 pp.)

MARITIME LAW**CONTRACTS**

Application by Crown for direction with respect to third party claims for contribution or indemnity against Canada Packers Inc., and Proctor & Gamble Inc.—Both third parties made conditional appearances requesting Court strike third party notices—Crown entered into contracts with third parties for vegetable oil for shipment overseas as part of international relief program—Contract specified kind of plastic drums for containing oil—Oil drums leaked en route, causing expense in restowing and resealing drums, and in cleaning and handling vessel—As result plaintiff brought action against Crown and vessel's principal—Her Majesty seeks indemnification against third parties—Whether claims asserted against third parties maritime claims and therefore within jurisdiction of Court—Open to Court to examine pleadings and affidavit evidence on question of jurisdiction, or to determine no such determination be made until trial—Facts sufficiently clear in

MARITIME LAW—Continued

present case to permit examination of such evidence—Necessary to focus on agreement of parties in order to ascertain nature and context of claims in question, and ascertain whether claims are maritime—Contracts between Her Majesty and third parties for sale of goods, not maritime contracts—Third parties not responsible for what happened to goods once delivered to terminal—Third party suppliers undertook no obligations with respect to any aspect of carriage of goods at sea—Contracts not integrally connected with maritime law—Neither claim for indemnity nor that based on short-landing, both asserted in third party claim, maritime law claims—Parliament has not adopted any "law of Canada" to cover situation where Crown seeks indemnification—Third party notice struck out.

PAKISTAN NATIONAL SHIPPING CORP. V. CANADA (T-3112-90, Strayer J., judgment dated 3/9/91, 10 pp.)

CREDITORS AND DEBTORS

Application for bail for ships under arrest to secure claims—Principal actions for wages and benefits unpaid to crew—Plaintiff filing worksheet detailing amounts sought for each employee—Plaintiff seeking \$55,500 in security—Not asking security for punitive damages or for costs—Defendant suggesting amount of \$20,000 without reasons—Issues to be decided on merits—Plaintiffs' submission reasonable—Bail set at \$55,500.

FELICIANO V. YUKO MARU NO. 10 (THE) (T-1906-91, Scott Approving Officer, decision dated 25/7/91, 5 pp.)

INSURANCE

Plaintiffs owners of vessel *Barbarossa* which sank in Georgia Strait (BC) in 1989—Vessel was insured with defendant Fishing Vessel Insurance Plan—Defendant denied liability on basis Master of vessel at time of loss was not assured named in policy and had not received prior approval of Plan to be Master, thereby violating express warranty and express clause of insurance policy—Defendant also denying liability on basis of want of due diligence as Master and crew not adequately trained or suitable to act and vessel not seaworthy and properly equipped—Agreed statement of facts stating cause of loss negligence of engineer on board, but not stating precise nature of negligence—Master sufficiently aware of vessel's stability characteristics to take appropriate actions in event of difficulties—Master adequately trained and suitable for position and no lack of diligence on part of owners in selecting him—No indication any member of crew inadequately trained or unsuitable except engineer, and no lack of due diligence on behalf of owners in hiring engineer as they took all reasonable steps to ensure he was adequately trained—Master assessed correctly and immediately necessary action needed when ship sank—Plan not tightly controlled system, but fairly loosely operated insurance plan under which mistakes do occur—Approval of Master at time of sinking sought and given in normal way—Approval for change of Master usually requested by telephone—Interim approval can be given by telephone—Here request for approval of Master made by telephone and

MARITIME LAW—Continued

approval was given and was in effect at time of sinking—Judgment against defendants for \$254,000.

MORRIS V. CANADA (DEPARTMENT OF FISHERIES AND OCEANS) (T-305-90, Martin J., judgment dated 27/9/91, 26 pp.)

LIENS AND MORTGAGES

Application for order overruling caveats filed by holders of 1st and 3rd mortgages—Plaintiffs arresting vessel—Bail for plaintiffs' claims fixed at \$1,300,000—Owner arranging sale of vessel—Mortgagees discharging mortgages for fixed sums plus assignment of defendant's interest in bail bond—Vessel sold for \$2,000,000—Judgment awarded to plaintiffs—Bail bond paid, by order, to plaintiff's solicitors in trust—Plaintiff having moved for payment—Rule 1010(1) permitting person having interest *in rem* to intervene if interest may be injuriously affected by action: *In re The Dowthorpe* (1843), 2 W. Rob. 73; 166 E.R. 682 (Adm. Div.)—Whether mortgagees having interest *in rem* against monies held—Lienee who accepts alternative security waiving interest *in res*: *In re The William Money* (1827), 2 Hagg. 136; 166 E.R. 193 (Adm. Div.);—Security only security for claim against which posted: *The Russland*, [1924] P. 55 (Adm. Div.); *The Roberta*, [1938] P. 1—Mortgagees having no interest *in res*, no right to caveat—Caveats overruled—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1010(1).

SHIBAMOTO & CO. V. NICOLLE N (THE) (T-1810-88, Rouleau J., judgment dated 15/10/91, 9 pp.)

PRACTICE

Assessment of damages in action arising from breach of contract between parties—Plaintiffs retained services of defendants to carry out joint "cash fish buying" operation—Court held defendants had breached agreement and plaintiffs entitled to damages, to be assessed at later date—Plaintiffs did not fail to mitigate their damages, nor did Shibamoto fail to fulfil obligation to sell salmon at highest price possible—Onus of proving such failure on defendant who provided no evidence—Plaintiff's evidence showing sales of fish entirely in keeping with terms of agreement—Court not deducting entire amount of technicians' wages and *per diem* allowance in establishing profit—Roe technicians on vessel had been given guarantee of two and a half to three months work, but after breach of contract, attempt to find them employment failed—In light of circumstances, would be grossly unfair to attribute expenses of technicians to roe operation, and deduct such amount from defendant's share of profit—Such amount should be absorbed by plaintiffs—No question defendant adequately recompensed for its tendering costs and Alaska fish tax—Court must grant judgments in Canadian funds, Currency Act, s. 12—Currency to be converted as of date of breach of contract, and not open to lower courts to change this rule set out by the Supreme Court of Canada—Security provided by bail bond in U.S. funds to remain unconverted until ordered paid out—General rule: rate of pre-judgment interest prime rate—Given evidence in pre-

MARITIME LAW—Concluded

sent case, appropriate rate of interest prime rate—Post judgment interest rate to be that set in Interest Act, s. 3, unless Court orders otherwise: Federal Court Act, s. 40—When dealing with admiralty case, principle of *restitutio in integrum* applies, and same principle should be used in calculating pre and post-judgment interest—Post-judgment interest rate in current case should be average of prime rate through period from date damages incurred to date of assessment—Court having wide discretionary power over award of costs in considering result of proceedings, amount claimed, volume of work, complexity of issues, and conduct of parties: Rule 344—Facts were exceptionally involved—Conduct of defendants unnecessarily lengthened duration of proceedings, by raising extraneous issues, and by objecting to severing issue of damages from question of liability—Most seriously, defendants made unproven and sweeping allegations of fraud, deceit and conspiracy—In numerous other cases, allegations of fraud such as these have led to costs awarded on higher scale than usual—Present case appropriate for order of significantly increased costs—In addition plaintiffs granted a 50% increase in bill of costs as allegations of deceit and conspiracy were totally unsupported by evidence—Currency Act, R.S.C., 1985, c. C-52, s. 12—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 40—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 344—Intetest Act, R.S.C., 1985, c. I-15, s. 3.

SHIBAMOTO & CO. V. WESTERN FISH PRODUCERS INC. (TRUSTEE OF) (T-1810-88, Rouleau J., judgment dated 27/9/91, 20 pp.)

Application to rescind order extending time to serve defendants and permitting service *ex juris*—Appointment of counsel by defendants, ongoing discussions re: extensions of delays for service, and that counsel for defendants not advising until April 1991 had advised clients service would not be accepted justifying extension of delays for service—As Court satisfied plaintiffs having good cause of action or good arguable case, leave to serve *ex juris* properly granted—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 306, 307.

KLOCKNER NAMASCO CORP. V. FEDERAL HUDSON (THE) (T-1025-90, T-1026-90, Denault J., order dated 28/8/91, 2 pp.)

NATIVE PEOPLES**LANDS**

Motion to amend amended statement of claim and motion to strike parts of amended statement of claim or for particulars—Action commenced in 1975 concerning 1908 surrender of Reserve land—Allegations of breach of trust, breach of fiduciary relationship, non-compliance with mandatory provisions of Indian Act and mistake of fact or of mixed fact and law—Claiming \$50 million dollars damages as compensation for breach of trust—Plaintiffs submitting proposed amendment simply gives particulars of allegations already referred to in evidence, particularly with respect to Government policy and procedure with respect to voting on surrender—Intending to

NATIVE PEOPLES—Concluded

introduce similar fact evidence to establish pattern of fraud, duress and deceit—Submitting trust relationship created despite *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, arguing wrongly decided or distinguishable on basis Indian Act of 1906, unlike Indian Act of 1952, envisaging trust relationship between Crown and Indians—Defendant submitting proposed amendments re: questions of independent legal advice, validity of surrender vote and acceptability of similar fact evidence *res judicata* as result of earlier litigation; proposed amendments re: government practice, policy and instructions neither raising justiciable matters, nor relevant; and inappropriate as pleas of evidence—Defendant seeking to strike paragraphs referring to breach of trust as plaintiffs unable to establish cause of action founded on breach of trust as relationship between Indians and Crown fiduciary, not trust: *Guerin*—Based on *Guerin* and subsequent cases, clear and obvious plaintiffs' pleadings relating to cause of action founded upon breach of trust cannot stand—*Guerin* establishing Crown in right of Canada owing general fiduciary obligation to Indian bands in respect of surrender of their land—*Guerin* not distinguishable based on different legislation as Indians' interest in lands pre-existing legal right not created by Royal Proclamation, by Indian Act or by any other executive order or legislation—Indian Act having no bearing on whether trust relationship created—Although *Guerin* not saying trust relationship may never exist between Crown and Indians, and possible s. 18(1) as stood in 1908 may shape nature of fiduciary relationship between plaintiffs and defendant on basis of historical relationship between Crown and Indians, clearly saying no trust relationship in context of surrender—*Cardinal v. The Queen*, [1977] 2 F.C. 698 (T.D.) holding evidence of similar facts not admissible; government's practice or policy, or lack thereof, of providing independent legal representations to Indian Band in connection with proposed surrender irrelevant—Issue of whether Enoch Band surrender vote properly taken conclusively litigated in *Cardinal v. The Queen*, [1980] 1 F.C. 149 (T.D.); *affd* [1980] 2 F.C. 400 (C.A.); *affd* [1982] 1 S.C.R. 508—Application to amend not allowed with respect to references to Crown practice, policy, actions and perceptions concerning Indian lands generally, other Indian bands and other surrenders—Such similar fact evidence not relevant to events concerning 1908 surrender upon which action based—Further, Mahoney J. already ordering evidence in relation to surrender of other lands by bands of Indians in Western Canada, or other surrenders of land from Reserve No. 135 not admissible in this action—Portions of pleadings relating to issue of breach of trust, dealt with in *Guerin*, authenticity of surrender vote, which has already been subject of reference to Supreme Court of Canada and issues of similar fact evidence previously dealt with by Mahoney J. struck—Pleadings concerning other surrenders and Crown policy and practice with respect to Indians generally entailing voluminous productions and discovery and irrelevant and inappropriate—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 3, 401, 419, 420—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 3.

ENOCH BAND V. CANADA (T-2330-75, Jerome A.C.J., order dated 10/10/91, 25 pp.)

PATENTS**PRACTICE**

Appeal from referee's calculation of damages—Referee hearing evidence of officer of company related to plaintiff—Whether referee erring in allocation of overhead within production costs—Accounting for infringing profits by differential cost accounting—Onus on infringing party to prove costs of production—Testimony of interested party not inadmissible—Only electricity used in actual production run of product deductible as overhead—No expenditure allowable which would have occurred apart from infringing operation—Appeal from assessment by referee governed by same principles as appeal from trial court—Court should not interfere with determination of facts in absence of manifest error of law—Appeal dismissed.

HANCOR, INC. V. SYSTÈMES DE DRAINAGE MODERNES INC. (T-2126-85, Denault J., judgment dated 18/7/91, 8 pp.)

PENITENTIARIES

Application to quash denial of transfer to minimum security facility (MSF) at Kingston and to compel Commissioner to transfer applicant thereto forthwith—Applicant serving life sentence with parole eligibility date of 25 years—Admitted to Kingston Prison for women in 1980—Classified as minimum security inmate since 1988—MSF located in separate building across road from Prison—Not all inmates classified as minimum security transferred to MSF facility due to limited accommodation—Inmates serving life sentences considered for transfer to MSF two years before parole eligibility date—Because of limited number of beds, allowing transfers of those more than two years away from parole eligibility would tie up beds, reducing availability of space for inmates serving shorter sentences—Selection criteria: within one year of parole eligibility, amenable to programming, and not presenting undue risk to community—Applicant not meeting criteria for transfer as ten years away from parole eligibility date—Submitting violation of principles of natural justice and common law duty to act fairly; infringement of liberty interest and not in accord with principles of fundamental justice guaranteed by Charter, s. 7; employment of arbitrary standards violation of protection against arbitrary imprisonment contrary to Charter, s. 9; made in context of systemic differences in treatment of female prisoners versus male prisoners infringing equality rights protected by Charter, s. 15—Application denied—Commissioner neither exceeding jurisdiction nor violating Charter or common law rights—Applicant subjected to same criteria as other inmates—Criteria reasonable in circumstances—Until better, larger, more modern facilities provided for women inmates, criteria to determine who will be transferred required—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, 9, 15.

MALETTE V. CANADA (COMMISSIONER OF CORRECTIONS) (T-844-91, Dubé J., order dated 18/9/91, 5 pp.)

PRACTICE

Whether notice of appeal from order of Trial Division striking certain defendants from statement of claim appeal against interlocutory order, and therefore cannot be filed as out of time as prescribed by Federal Court Act, s. 27(2)—Judgment appealed from clearly final judgment notwithstanding obtained on interlocutory application—Notice of appeal was filed on time and appeal may proceed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 51, s. 11).

KEALEY v. CANADA (A-823-91, Mahoney J.A., order dated 11/9/91, 2 pp.)

AFFIDAVITS

Application for order requiring counsel cross-examine adverse affiant—Requirement counsel diligently exercise right of cross-examination having different meanings in different circumstances—No real urgency in instant application—Application dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 332.1(2),(3) (as enacted by SOR/90-846).

TORONTO-DOMINION BANK v. CANADA TRUSTCO MORTGAGE Co. (T-1669-91, Cullen J., order dated 11/7/91, 2 pp.)

COSTS

Appeal from order awarding party and party costs to applicant on application to have "jeopardy order" earlier granted on *ex parte* application set aside—Applicant now seeking extraordinary costs in amount of \$1 million—Alleging *ex parte* jeopardy order inappropriate, sought for wrongful purposes, and on basis of questionable affidavit evidence—Court lacking authority either to consider appeal from original order as to costs or to fix costs in extraordinary amount—Costs must be related to costs incurred in proceedings before Court; not akin to damages—Had appeal been possible, would have been to Court of Appeal and Federal Court Act, s. 27(2) requiring appeal to be initiated within 30 days unless further time allowed by Trial Division—No basis to extend time either to initiate appeal or to seek directions as to costs—Concerns about appropriateness of remedy, purposes and evidence should have been raised when matter heard—No evidence supporting allegations—Motion dismissed with costs against applicant—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 27(2)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 324, 344(7)—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 225.2(13) (as enacted by S.C. 1988, c. 55, s. 170).

SATELLITE EARTH STATION TECHNOLOGY, INC. v. CANADA (T-2308-88, MacKay J., order dated 30/8/91, 3 pp.)

Taxation of party and party costs of Trial Division costs of applicant successful on appeal—Whether Federal Court having jurisdiction to award costs against provincial government—Taxing officer without authority to decide issue in absence of directions from Court of Appeal on persons by whom costs to be paid—Applicant claiming travel costs to Edmonton of Vancouver counsel—Application having been brought in Calgary, moved to Edmonton—No distinction between resident and non-resident counsel in Federal Court matter—No established practice of disallowing travel disburse-

PRACTICE—Continued

ments for counsel distant from place of hearing—Issue whether disbursements reasonably necessary to hearing—Travel costs, including air fare, hotel and meals allowed in full—Bill of costs presented at \$8,090.21 taxed and allowed at \$5,440.91.

FRIENDS OF THE OLDMAN RIVER SOCIETY v. CANADA (MINISTER OF TRANSPORT) (T-865-89, Ball T.O., taxation dated 27/6/91, 8 pp.)

Costs awarded on interlocutory motion not payable until conclusion of trial unless specifically ordered payable forthwith or payable forthwith after taxation: *Banke Electronics Ltd. v. Olvan Tool & Die Inc.* (1981), 32 O.R. (2d) 630 (H.C.)—Costs of interlocutory proceeding not payable before costs of action determined, otherwise set-off not possible—Normally no costs for motion where only representations by letter not signed by solicitor—Here, in view of failure to comply with R. 300.1(1), costs to defendant in any event of cause but not payable forthwith appropriate—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 300.1(1) (as enacted by SOR/90-846, s. 3).

WATERFURNACE INC. v. 803943 ONTARIO LTD. (T-409-90, Giles A.S.P., order dated 12/9/91, 3 pp.)

Action for damages relating to incarceration abandoned after motion to strike statement of claim filed—\$250 allowed for all services in action in Trial Division prior to and including preparation and filing pleadings, Tariff B, item 1(1)(a)—Amount claimed for preparation of motion in writing while no court appearance taxed off—Court record not disclosing costs allowed for item—Under R. 344(1) such power remaining sole prerogative of Court—Bill of costs allowed at \$250—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 344(1) (as am. by SOR/87-221, s. 2), 346(1.1) (as enacted *idem*, s. 3), Tariff B (as am. *idem*, s. 8), items 1(1)(a),(f).

BAILEY v. CANADA (T-626-91, Smith T.O., taxation dated 22/8/91, 2 pp.)

DISCOVERY

Production of Documents

Motion to require respondent Attorney General of Canada to produce documents and comply with undertakings given on cross-examination on affidavit of Director General of Special Trade Relations Bureau of External Affairs—Motion arises out of application to quash decision of Secretary of State for External Affairs establishing scheme to allocate issuance of import quota for hatching eggs and chicks on basis of market share—During cross examination of Director General various undertakings given and refusals to produce made by counsel for respondent A.G.—Only remaining issue refusal, based on Canada Evidence Act, s. 39, to produce copy of memorandum to Minister setting forth considerations Minister should take into account, on ground of confidentiality—Many arguments raised by applicants were considered in *Canada (Attorney General) v. Central Cartage Co.*, [1990] 2 F.C. 641 (C.A.), where respondent corporation lacked standing to argue Charter, s. 7 or 15 violation, and treatment found not dis-

PRACTICE—Continued

criminary—Based on *Central Cartage*, applicant's Charter arguments must fail—Authority of Court limited in reviewing s. 39 certificate—Once Clerk of Privy Council certifies document involving cabinet confidence, Court cannot compel production: *Central Cartage*—Once document protected by Certificate, and requirements of s. 39 have been met, Court cannot compel document into court action—*Best Cleaners and Contractors Ltd. v. The Queen*, [1985] 2 F.C. 293 (C.A.) distinguished on basis, unlike present case, information had already been disclosed to applicants—Motion dismissed—Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 39.

CANADIAN ASSN. OF REGULATED IMPORTERS V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-2448-90, Jerome A.C.J., judgment dated 30/9/91, 14 pp.)

JUDGMENTS AND ORDERS

Application pursuant to R. 343(1) for rehearing of application for injunction to enjoin logging operations until project could be subjected to federal environmental assessment review—Collier J. rendering oral judgment dismissing application at conclusion of hearing—Since issues complex and subject to extensive argument in other applications, including one still before Supreme Court of Canada, indicating formal judgment would not be pronounced until written reasons delivered—Applicant seeking to finalize matter by rehearing before written reasons delivered so appeal can be perfected—Application dismissed—Written reasons altering neither disposition nor fact that matter decided—Purpose of R. 343(1) to permit rehearing where matter remaining under reserve for unacceptable length of time—Contemptuous to suggest another judge or Collier J. might re-decide same matter—Inappropriate, even improper, to direct relief under R. 343—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 324, 343.

WESTERN CANADA WILDERNESS COMMITTEE V. CANADA (MINISTER OF ENVIRONMENT) (T-2913-90, Jerome A.C.J., order dated 17/9/91, 2 pp.)

Reversal or Variation

Application for rehearing of motion if judge not having respondent's submissions on motion—Order making no reference to respondent's submissions—Submissions in fact having been before Court—Application dismissed.

BARRIGAR & OYEN V. CANADA (REGISTRAR OF TRADE MARKS) (T-2272-90, Strayer J., order dated 12/6/91, 2 pp.)

Application to reverse Court of Appeal order refusing leave to appeal Refugee Division decision—Applicant averring new matter—Written translation and oral interpretation from Farsi allegedly inaccurate—Board's decision rendered November, 1989, application filed January, 1991—Litigant seeking reversal or variation must act with all reasonable diligence—Application dismissed.

ROSTAMIAN V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (89-A-1595, Hugessen J.A., order dated 4/6/91, 2 pp.)

PRACTICE—Continued*Stay of Execution*

Appeal from order of Trial Judge (T-442-88, Collier J., order dated 24/7/90, not reported) staying execution upon full security—No error of law—Appeal dismissed.

CASDEN V. COOPER ENTERPRISES LTD. (A-605-90, Hugessen J.A., order dated 3/6/91, 1 p.)

PLEADINGS*Amendments*

Appeal from order permitting amendment of style of cause by substituting trustee in bankruptcy for plaintiff—Appeal allowed—Motions Judge erred in holding plaintiff's counsel unaware of plaintiff's bankrupt status in absence of supporting affidavit—No evidence supporting implicit finding trustee party intending to sue—Trustee's intentions could not be presumed from silence and failure to act—Erred in allowing amendment on proceeding pursuant to R. 324 without either receiving submissions from defendants or satisfying himself defendants having reasonable opportunity to make submissions—Impossible to be so satisfied, defendants having requested oral hearing four days before order—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 324, 425.

THREE BUOYS HOUSEBOAT BUILDERS LTD. V. M.N.R. (A-142-90, Hugessen J.A., judgment dated 12/9/91, 2 pp.)

Motion to Strike

Appeal from Prothonotary's orders dismissing motion to have corporate plaintiff represented by officer and allowing motion to strike statement of claim—Corporate plaintiff now represented by counsel—Plaintiff not having been heard on motion to strike—Error in law in refusing plaintiff reply to motion—Direction motion be reheard.

DAVID V. KLUGER (T-5-91, Martin J., order dated 22/7/91, 7 pp.)

Application by defendant, Telemedia Inc., under R. 419(1)(a) to strike out statement of claim as disclosing no reasonable cause of action against it—Words "plain and obvious" imposing heavy onus upon applicant—Motion not to be granted where doubt remains as to whether reasonable cause of action—Link between two defendants possibly tenuous or non-existent—Not clear and obvious case—Motion denied—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419(1)(a).

CHEZ FM, INC. V. TELEMEDIA COMMUNICATIONS INC. (T-1829-91, Joyal J., order dated 23/9/91, 3 pp.)

PRIVILEGE

Under solicitor-client privilege, client cannot be compelled and legal advisor will not be allowed, without express consent of client, to disclose oral or documentary communications passing between them in professional confidence—Privilege extends to salaried legal advisors—Here client "Revenue

PRACTICE—Concluded

Canada—Customs” and salaried legal advisors solicitors employed by federal Department of Justice—Defendant not ordered to produce documents described as correspondence with Department of Justice, requests for legal advice, memoranda to Legal Services, notes to legal counsel, or notes of conversations with legal counsel—Where description not clear as to whether document qualified for privilege, document ordered delivered to Registry for examination by judge to determine whether refusal to produce justified.

FRANCOEUR V. CANADA (T-2153-87, Martin J., order dated 16/9/91, 4 pp.)

REPRESENTATION BY ATTORNEY OR SOLICITOR

Motion by plaintiff's husband to represent her in action involving liability for income tax—R. 300 permitting individual to act in person or be represented by solicitor—Application dismissed—No provision for representation by spouse who is not solicitor—By analogy to R. 300(2) (permitting representation of corporation by officer in special circumstances) if spousal representation to be allowed in special circumstances, applicant must show special circumstances—None shown here—Personal convenience not special circumstance—No evidence as to why wife unable to represent herself or to retain solicitors—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 300 (as am. by SOR/90-846, s. 3).

BISHAY V. M.N.R. (T-1940-91, Giles A.S.P., order dated 9/10/91, 3 pp.)

STAY OF PROCEEDINGS

Application for stay of proceedings—Main action arising from complaints filed with Canadian Human Rights Commission by public servants claiming wage discrimination on basis of sex—Action in Federal Court by plaintiffs attacking validity of Commission's Guidelines—Action in Federal Court coming at time when process has been set in motion for hearing and inquiry with Commission—Stay of proceedings granted—Court should be loath to enter into long and complex trial on validity issue when Tribunal already seized of issues raised and expert evidence necessary—Canadian Human Rights Commission has statutory responsibility of dealing with discrimination complaints, and Court should therefore be reluctant to enter into proceeding which cannot be narrowly defined—Issue of Guidelines one which Tribunal competent to deal with, and which can be raised by plaintiff before it—Tribunal has *prima facie* jurisdiction to interpret Guideline, and should it err, it will be subject to judicial review—Above considerations consistent with *Société Radio-Canada v. Bouchard et al.* (1988), 23 F.T.R. 285 (F.C.T.D.); and *Public Service Alliance of Canada et al. v. Canada (Treasury Board) et al.* (1990), 36 F.T.R. 182 (F.C.T.D.)—In interests of justice action be stayed.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. PUBLIC SERVICE ALLIANCE OF CANADA (T-1059-91, Joyal, J., judgment dated 26/8/91, 6 pp.)

TRADE MARKS**EXPUNGEMENT**

Order requested to strike out defendant's registration of trade mark “Beam” and slogan “Don't lug a vacuum . . . plug in a beam” and declaration defendant directing attention to its wares so as to cause confusion between them and those of plaintiff, contrary to Trade-marks Act, s. 7(b)—Defendant, Beam of Canada, importing and selling central vacuum systems bearing trade mark Beam since 1976—Systems, parts and accessories purchased from Beam Industries for resale in Canada—Plaintiff and predecessor, Beam Industries, selling central vacuum systems, parts and accessories since 1957 in United States in association with trade-mark “Beam”—Application in September 1981 by president of Beam of Canada for registration of trade mark “Beam” based on alleged first use dated July 1976—Main issue who owns trade mark “Beam” in Canada—Under Act, s. 16, applicant entitled to registration of trade mark if latter used or known in Canada in association with wares and not confusing with trade-mark previously used in Canada—Beam of Canada in fact distributor of Beam Industries—No “use” in Canada, at material time, by defendant and therefore no entitlement to registration of trade mark—Beam Industries owner of trade-mark at date of alleged first use by defendant—Therefore registration invalid under Act, s. 18—As to issue of abandonment, onus on Beam Industries to show non-abandonment of trade mark “Beam” at date of advertisement of Beam of Canada's application for registration between 1981 and 1982—Onus met by plaintiff, therefore issue of abandonment unfounded—Non-use and intention to abandon conditions for abandonment of trade mark—Application of trade mark “Beam” to canisters by plaintiff and predecessor in title proof of intention to use mark so as to distinguish wares—Trade mark “Beam” always used by plaintiff in Canada—Plaintiff's contention defendant's registration invalid as not distinctive on February 5, 1990 based on Act, s. 18(1)(b)—Actual distinctiveness question of fact—Message to public test when dealing with question of distinctiveness—Message changed by February 1990 so trade mark distinctive of Beam of Canada—Central vacuum systems with which trade mark “Beam” associated and used those of Beam of Canada—Plaintiff's passing off claim under Act, s. 7(b) ill-founded as essential elements not met—Length of delay and nature of acts done during interval key factors to consider when applying doctrine of acquiescence and laches—Delay between plaintiff's knowledge and instituting of legal proceedings—Mere delay not sufficient grounds to invoke acquiescence and laches—Despite awareness by president of Beam Industries of defendant's activities in registering trade mark “Beam” in Canada, no legal action taken to assert rights—Laches and acquiescence operating against plaintiff—Assignment of trade mark may be inferred from facts of case—President of Beam Industries not doing anything for number of years about registration of “Beam” mark by defendant—Fact known to him since at least 1983-1984—No complaint about registrations—No action taken to show trade mark in fact Beam Industries' mark—Trade mark “Beam” assigned to defendant—Plaintiff estopped from disputing trade mark regis-

TRADE MARKS—Continued

tration of defendant—Action dismissed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 4(1), 16(1),(5), 18(1).

WHITE CONSOLIDATED INDUSTRIES, INC. v. BEAM OF CANADA INC. (T-343-90, Teitelbaum J., judgment dated 30/10/91, 29 pp.)

PRACTICE

Application for order striking out paragraph 9 of amended statement of claim under R. 419(1)(c),(d),(f), and striking out remainder of amended statement of claim under R. 419(1)(a)—Paragraph 9 only pleading alleging acts of specific infringement on defendant's part but not specific enough—Associate Senior Prothonotary ordering plaintiff to particularize by alleging at least one instance of sale, offer for sale, promotion and advertising—Action taken subsequently by defendant against plaintiff—Nothing new in amended statement of claim—Prothonotary's order for specific particulars not complied with—Amended portion of paragraph 9 of statement of claim struck out—Plaintiff's statement of claim struck out as disclosing no reasonable cause of action—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419(1)(a),(c),(d),(f).

HARVEY WOODS INC. v. WOODS CANADA LTD. (T-1443-91, Muldoon, J. order dated 1/10/91, 5 pp.)

REGISTRATION

Appeal from Registrar's decision refusing extension of time within which to oppose registration—Appellant having applied for registration of mark on March 7, 1989—Notified of similar mark registration applied for 16 March, 1988—Whether failure to oppose on time not reasonably avoidable—Appellant alleging unreasonable to expect small, unsophisticated companies to review Trade-marks Journal—Appeal dismissed—Notice in Journal proper notice against world—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 47(2).

KITCHEN CRAFT CONNECTION LTD. v. CANADA (REGISTRAR OF TRADE-MARKS) (T-2975-89, Dubé J., judgment dated 29/5/91, 4 pp.)

Appeal from trial judgment, [1990] 2 F.C. D-58, holding registration of "Olympus" prohibited by Trade-marks Act, s. 9—Application for registration of "Olympus" dated July 1983—Statement of opposition, filed September 1984, relying upon public notices of several official marks, but not "Olympus"—Public notice "Olympus" adopted as official mark given in June 1986—Trade Marks Opposition Board holding as statement of opposition not expressly referring to "Olympus" public notice (yet to be given), 1986 public notice not barring registration—Appeal dismissed—1986 public notice sufficient to statutorily bar registration—Right to registration acquired neither on date of application for registration

TRADE MARKS—Concluded

nor on date on which opposition filed—Registrability question open until matter finally disposed of—Of critical importance notice given at time application disposed of—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 9(1)(n)(iii), 12(1).

CANADIAN OLYMPIC ASSN. v. OLYMPUS OPTICAL CO. (A-644-90, Stone J.A., judgment dated 5/9/91, 5 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE

S. 28 application to set aside Chief Umpire's decision maintaining allocation of applicants' earnings under Unemployment Insurance Regulations—Bonus of \$800 paid to applicant on ratification of new collective agreement during maternity leave—Bonus clearly "earnings from employment" to be taken into account in determining whether interruption of applicant's earnings—Regulations, ss. 58(3), (18)(a), cast in retrospective, not prospective terms—Interpretation urged by applicants unfounded—Finding of fact by Board of Referees not erroneous—Application dismissed—Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, ss. (18)(a), 58(3).

OSTONAL v. CANADA (EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-1105-90, Mahoney J.A., judgment dated 25/9/91, 3 pp.)

VETERANS

Motion to set aside Veteran's Appeal Board decision applicant not entitled to widow's pension under Pension Act—Applicant's husband, member of Canadian forces, killed while bicycling to work—Physical exercise program prescribed by superiors suspended—Pension Act, s. 21(2) permitting pension award in respect of members dying from injury directly connected to military service—S. 21(3) deeming fatal injury directly connected to military service if incurred in course of physical training performed in interests of service although not authorized or organized by military authority—S. 108 requiring Board to draw from evidence every reasonable inference in favour of applicant and to accept as proof of any fact applicant required to prove any uncontradicted credible evidence submitted by applicant and to resolve doubt in favour of applicant—Board failed in exercise of jurisdiction when summarily concluded late member not engaged in activity without expressly dealing with evidence from which inference favourable to applicant might have been drawn—Application allowed—Pension Act, R.S.C., 1985, c. P-6, ss. 21(2),(3), 108—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1408.

CHÉNIER (RE) (A-927-90, Mahoney J.A., judgment dated 10/9/91, 2 pp.)

DIGESTS

Federal Court decisions digested are those not selected for full-text or abridged publication in the Canada Federal Court Reports. 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.

AGRICULTURE

Application for order quashing decision of respondent Board approving application of respondent Terry Pettyjohn for review of financial affairs; and for order prohibiting Board from consenting to any further requests by Pettyjohn and spouse for stay of proceedings against creditors—In early 80's, Pettyjohns borrowed over \$100,000 from applicant to establish cattle herd and defaulted on loan in 1989, owing \$200,000—Applicant commenced proceedings in Saskatchewan court to realize on cattle herd—On application to Board, proceedings were automatically stayed: Farm Debt Review Act, ss. 20, 23—When stay period expired, spouse of Pettyjohn applied to Board resulting in another stay—Series of disputes between Pettyjohn and applicant regarding care and counting of cattle resulted in application by applicant to Saskatchewan Court of Appeal for order for sale of herd—Pettyjohn made further application under s. 20—As application within 2 years of previous s. 20 application, written consent of Board required before making application: Farm Debt Review Act, s. 33(1)—Pettyjohn did not receive written consent of Board, therefore not allowed to make application—Application allowed in part: Board's order set aside—Farm Debt Review Act, S.C. 1986, c. 33, ss. 20, 23, 33(1).

AGRICULTURAL CREDIT CORP. OF SASKATCHEWAN V. FARM DEBT REVIEW BOARD FOR SASKATCHEWAN SOUTH (T-510-91, Martin J., order dated 9/9/91, 8 pp.)

ANIMALS

Appeal from compensation paid by respondent for destruction of appellant's cattle—Piedmontese heifers shipped from United Kingdom by air—One animal having come from place where bovine spongiform encephalitis ("mad cow disease") had been detected—Examined for Minister by agrologist for valuation—Agrologist having limited opportunity to determine market value as species rare in North America—Breeder's called as witnesses enthusiastic about breed, not familiar with specific animals—No evidence what appellants paid in U.K.—Best evidence sales of other cattle of same breed—Average used, with premium for new bloodline—Appeal allowed.

NELSON V. CANADA (MINISTER OF AGRICULTURE) (P-5-90, Strayer J., judgment dated 3/10/91, 9 pp.)

ARMED FORCES

Application for prohibition to (1) prohibit respondent from holding applicant in service detention barracks at Edmonton and (2) release applicant pending decision on merits on declaratory action challenging constitutionality and legality of respondent's decision—Application allowed in part on certain conditions.

VEILLEUX V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-2174-91, Dubé J., order dated 28/8/91, 3 pp.)

CITIZENSHIP

Reference to Federal Court to determine whether Luitjens obtained citizenship by knowingly concealing material circumstances—Secretary of State seeking to have Luitjens's citizenship revoked on ground concealed material circumstances in securing citizenship pursuant to Citizenship Act, s. 9—Alleging failure to divulge membership in Dutch Nazi party, involvement in searching for persons hiding from German occupation authorities, and conviction of aiding and abetting enemy in wartime and sentence *in absentia* of life imprisonment—Canadian citizenship granted in 1971—Arrived in Canada with wife and children in 1961—High degree of probability Luitjens completed immigration form requiring information about criminal convictions, and addresses since 1939—Secretary of State contending Luitjens not lawfully admitted to Canada as obtained admission by false representation or by knowingly concealing material circumstances—Not entitled to citizenship if unlawfully admitted to country—Luitjens alleging unaware of conviction until 1983—Luitjens not credible witness—Luitjens must not have truthfully completed immigration form detailing former addresses and employment since 1939—If he had, conviction and membership and WA and Landwacht would have been revealed—High degree of probability if true answers given, Luitjens would have been refused admission—Highly probable Luitjens knew, through his family, of conviction *in absentia* when applied for citizenship—Whether Luitjens having duty of candour to disclose past activities in Netherlands and escape into Germany and eventually to Paraguay—No reported Canadian decisions dealing specifically with duty to disclose, absent any questions as applicable to Citizenship Act, although number of U.S. decisions suggesting failure to disclose past war crimes or activities constituting lack of good character; that

CITIZENSHIP—Continued

misrepresentation in that respect bringing into play denaturalization provisions—Canadian legislation and its operation different—Former Ministers of Justice, Pierre Trudeau and Mark MacGuigan expressing view no duty of candour—Although House of Lords finding duty of candour in *Zamir v. Secretary of State for the Home Department*, [1980] A.C. 930 (H.L.) and relied upon by Canadian Federal Court of Appeal in *Minister of Employment and Immigration v. Gudino*, [1982] 2 F.C. 40—House of Lords since reversing its opinion in *Khawaja v. Secretary of State for the Home Department*, [1983] 2 W.L.R. 321 (H.L.)—*Khawaja* decision preferable under Citizenship Act—Absent relevant questions, no duty of candour—This Court not sharing view of Deschênes Commission of Inquiry on War Criminals duty of candour implied in obligation not to conceal circumstances material to application even absent relevant questions—No duty on Luitjens to disclose to citizenship authorities activities during occupation of Netherlands—Secretary of State making out case on high preponderance of evidence—Luitjens having obtained Canadian citizenship by false representations or by knowingly concealing material circumstances—Citizenship Act, S.C. 1974-75-76, c. 108, ss. 9, 17—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 918, 920.

CANADA (SECRETARY OF STATE) v. LUITJENS (T-460-88, Collier J., decision dated 22/10/91, 40 pp.)

KNOWLEDGE REQUIREMENTS

Appeal from Citizenship Judge's decision refusing citizenship on grounds appellant not demonstrating sufficient knowledge of Canada and of responsibilities and privileges of citizenship—Applicant, sixty years old, having been landed in Canada for sixteen years—Children, grandchild citizens—Having studied English for two years—Citizenship Judge finding English sufficient to meet requirements of Citizenship Act, s. 5(1)(d)—Able to name Prime Minister, but not to identify his party; giving Ottawa as capital of Ontario—Insufficient opportunities for immigrant mothers at home to learn official languages inhibiting ability to learn about Canada's history, geography and institutions—Appeal allowed—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5(1)(e).

ELANGANGE (RE) (T-2462-90, Cullen J., judgment dated 6/6/91, 4 pp.)

Application for citizenship rejected for failure to meet knowledge requirements of Citizenship Act, s. 5(1)(e)—Appellant still failing knowledge requirements on appeal to Federal Court—Alleging inability to become literate in official language of Canada as also illiterate in mother tongue, Cambodian—Although seriously attempting to learn English since coming to Canada, only moderately successful—This was second unsuccessful application for citizenship—Appellant requesting Court to recommend Minister exercise discretion under s. 5(3)(a) to waive knowledge requirement on compassionate grounds—Outside Court's jurisdiction to make such recommendation—S. 14(5) authorizing appeal to this Court from decision of Citizenship Judge under s. 14(2)—S. 14(2) referring to decision to approve or not approve application—Where unable to approve application under s. 14(2), s. 15(1) requiring Citizenship Judge to consider whether to rec-

CITIZENSHIP—Concluded

ommend exercise of discretion under s. 5(3)—S. 15(1) power not "decision" under s. 14(2)—S. 14(2) requiring Citizenship Judge to consider whether to make recommendation under s. 15(1) as precondition to decision—Appeal Court may not review Citizenship Judge's conclusion as to whether recommendation should be made, but may refer matter back to Citizenship Judge if not satisfied relevant factors considered in exercise of discretion: *Re Hokayem* (1990), 37 F.T.R. 49 (F.C.T.D.)—Matter referred back to Citizenship Judge for reconsideration of whether discretion under s. 15(1) should have been exercised in favour of appellant before making decision under s. 14(2)—Not apparent from Citizenship Judge's reasons ability to become literate considered—No indication what factors considered—Appeal Court must be satisfied discretion actually exercised—Citizenship Judge should indicate reasons for refusing favourable exercise of discretion—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 5(1)(e), (3)(a), 14(2), (5), 15(1), (2).

KHAT (RE) (T-2883-90, Strayer J., judgment dated 23/9/91, 4 pp.)

COMBINES

Motion to quash decision of Director of Investigation and Research refusing to initiate inquiry under Combines Act s. 10(1)(b)—S. 10(1)(b) requiring Director to cause inquiry to be made whenever believing, on reasonable grounds, grounds exist for Competition Tribunal order under Part VIII—Whether decision subject to review under Federal Court Act s. 28—Decision purely administrative, not required to be made on judicial or quasi-judicial basis—Application dismissed—Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, s. 10(1)(b) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 23)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

GAUTHIER v. CANADA (DIRECTOR OF INVESTIGATION AND RESEARCH) (A-374-91, Pratte J.A., judgment dated 2/10/91, 2 pp.)

Practice—Privilege—Appeal from Competition Tribunal decision refusing discovery of documents and witnesses—Litigation privilege applying to documents—Public interest in keeping identity of witnesses confidential outweighing benefit to appellant in discovery—Appellate court should not lightly interfere with trial judge's discretion—Appeal dismissed.

HILLSDOWN HOLDINGS (CANADA) LTD. v. CANADA (DIRECTOR OF INVESTIGATION AND RESEARCH) (A-684-91, Heald J.A., order dated 10/10/91, 3 pp.)

COPYRIGHT**PRACTICE**

Contempt of court—Application for finding of guilt of contempt of court—Plaintiff having obtained injunction against

COPYRIGHT—Concluded

accused tavern owner—Injunction served upon tavern manager by police and search conducted without finding satellite signal decoder—Testimony of solicitor as to telephone message Rud-dock-Tyson fight to be shown at tavern and telephone query about licensing given little weight in absence of probative evidence of identity—Police detective attending at tavern, seeing doorman with microphone and headset—Testifying staff objecting to his entry without paying admission—Witnessing a few minutes of interview of fighters, promoter, before screen became obliterated except for message “scrambled”—No doubt whatever witness saw part of licensed event covered by injunction—No explanation consistent with non-guilt—Application allowed.

COMPLEAT COMMUNICATIONS LTD. v. LUNA BANQUET HALL LTD. (T-1516- 91, Muldoon J., judgment dated 16/9/91, 7 pp.)

CROWN**TORTS**

Action for damages resulting from alleged defamation, libel and slander—Plaintiff honourably discharged from army after three months based on information provided by RCMP—Information reported 1958 visit to Russian Embassy, espousal of communist principles, praise of Russians, but also recited incidents (suspected of threatening to blow up Peace Tower and of stealing platinum from Department of Energy, Mines and Resources; found in possession of stolen ring; and having dynamite in safety deposit box) tending to show plaintiff having volatile temperament—Documents disclosing discharged because of volatile temperament, not communist ideology—Security clearance for federal government employment denied in 1969 based on information provided by RCMP—Plaintiff not afraid to espouse unpopular causes: founded Bulldog Party in 1960's to oppose bilingualism, advocated western Canada join U.S.A.; publicly accused Department of Employment and Immigration of costing provincial welfare fund millions of dollars through delays in paying unemployment insurance benefits—No evidence linking difficulties later experienced with that Department to information on RCMP files—While within rights to take such stances, should not be surprised that confrontational techniques result in negative responses—In 1977 fled to Switzerland to avoid forgery charges—Upon return five years later charges stayed, presumably because delay making it difficult to produce evidence—1984 letter from Security Intelligence Secretariat written to RCMP suggesting plaintiff might “gate crash” Liberal Leadership Convention not defamation—Those in charge of security should be alerted to possible demonstrations—Defendant claiming qualified privilege (conditional immunity attaching to certain occasions “where the person who makes [the] communication has an interest or a duty, legal, social, or moral, to make it to the person to whom it is made, and the person to whom it is so made has a corresponding interest or duty to receive it”: *Adam v. Ward*, [1917] A.C. 309 (H.L.), at p. 334—As RCMP having legal duty to provide information to government departments and agencies when

CROWN—Concluded

requested to do so, and governments and agencies having legal duty in certain circumstances to request such information before determining whether individual should be given security clearance, dissemination of information by RCMP to departments in question covered by qualified privilege—Much of information in RCMP files originated from incidents in which plaintiff in conflict with law—Action dismissed.

MULLER v. CANADA (T-1297-88, Reed J., judgment dated 27/9/91, 10 pp.)

ENVIRONMENT

Motion for *mandamus* or injunctive relief ordering Federal Administrator to carry out federal environmental and social impact assessment and review procedures contemplated by s. 22 of James Bay and Northern Quebec Agreement and James Bay and Northern Quebec Native Claims Settlement Act—In alternative, relief sought against respondent Ministers, ordering compliance with Federal Environmental Assessment and Review Process Guidelines (EARP Guidelines)—Matter was heard immediately after *Cree Regional Authority v. Canada (Federal Administrator)*, [1991] 2 F.C. 422 (T.D.) where nature of JBNQ Agreement and duties of Federal Administrator fully canvassed—Project in question, EM 1, proposed to have generating capacity of 478 megawatts, and will be on Eastmain River upstream from Opinaca Reserve—Environmental effects of project on waters, fish, birds, and resulting effects on aboriginal peoples can hardly be disputed—Issue to what extent has duty been imposed on Federal Administrator and respondent Ministers to undertake environmental and social impact studies—JBNQ Agreement provided for such studies, but exempted “Le Complexe La Grande”, hydroelectric project—Entire tenor of JBNQ Agreement, s. 8, suggest signatories understood Le Complexe La Grande included EM 1, regardless that construction had not yet begun—Present project not substantial change to Le Complexe La Grande—JBNQ Agreement, s. 8.18 permitting application of subsequently enacted law, such as EARP Guidelines, to developments—In determining application of EARP Guidelines, main question whether any respondent Ministers having decision-making responsibility for any initiative which may have environmental impact on federal area—EARP Guidelines: enactment or regulation under Interpretation Act, s. 2: *Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)*, [1989] 3 F.C. 309 (T.D.) (affd (1989), 89 N.R. 72)—To give rise to obligation, sufficient for Minister to be aware of initiative, undertaking or activity, including request by individual for action within Minister's responsibilities: *Friends of the Oldman River Society v. Canada*, [1990] 2 F.C. 18 (C.A.)—Request made in current case to respondent Ministers sufficient to give rise to public duty to initiate study, such duty enforceable by *mandamus*—Federal duty toward native people includes obligation to apply EARP Guidelines—Applicants further seek *mandamus* ordering Ministers to refer project to public review—In *Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)*, [1991] 1 F.C. 641 (C.A.), application for *mandamus* brought subsequent to initial screening—Here, as no initial screening no public duty to proceed to second stage—*Mandamus* is nevertheless appropriate to

ENVIRONMENT—Concluded

enforce compliance with EARP Guidelines and require initial assessment with public input—Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 2—James Bay and Northern Quebec Native Claims Settlement Act, S.C. 1976-77, c. 32, s. 3.

EASTMAIN BAND V. CANADA (FEDERAL ADMINISTRATOR)
(T-1512-91, Rouleau J., order dated 2/10/91, 17 pp.)

HUMAN RIGHTS

Application for *certiorari* from decision of Canadian Human Rights Commission dismissing complaint filed by applicant against RCMP—Employment application filed by applicant and rejected on medical grounds—Applicant alleged victim of discrimination based on disability, violating ss. 7 and 10 of Canadian Human Rights Act—Type of position sought did not exist—Investigator submitted number of documents to Commission members, who decided not justified to proceed to second stage—Decision purely administrative—Court should not intervene where discretionary power exercised reasonably and in good faith—Commission exercised discretionary power in accordance with Act and settled rules of precedent in administrative law—Application dismissed—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 7, 10.

MORISSET V. CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION)
(T-1937-91, Dubé J., order dated 20/9/91, 7 pp.)

IMMIGRATION

Application to quash rejection of application for permanent residence and for *mandamus* directing consideration of application in accordance with Immigration Act and Regulations—Application indicating designated intended occupation "Site Supervisor"—Applicant holding degree in Architecture from India—Accompanying letters of reference describing applicant as architectural trainee or assistant—Passport and business card describing him as architect—No documentary evidence provided supporting employment as site superintendent or project manager—Description of current employment found to more closely conform to "Architectural Technologist" according to Canadian Classification and Dictionary of Occupations (CCDO)—Upon request for further evidence supporting claim qualified Construction Superintendent, applicant providing letter from employer—Visa officer finding letter vague as to specific duties—Applicants submitting CCDO classifications not mutually exclusive in that qualification and classification in one occupation would not preclude classification and qualification in another related occupation—Application dismissed—Occupational classifications in CCDO very detailed—Assessment of applicants requiring care because of fine distinctions—Classification system of CCDO only one tool in regulation of immigration—Occupational demand factor complementary tool—Purpose of Immigration Act to regulate immigration, including permission and refusal, according to enacted will of Parliament—Not open faucet merely to permit immigration—Court disregarding employer's letter as composed after interview, late, made-to-order, not credible and

IMMIGRATION—Continued

self-serving—Reference in visa officer's letter to reasonable doubt remaining as to what job performing not imposing standard of proof of beyond reasonable doubt—Simply meaning applicant not providing sufficient information about occupational contention to clarify position on balance of probabilities—Applicant deliberately attempting to displace modest responsibility to produce all relevant information—Neither breach of fundamental fairness nor error of jurisdiction.

KUMAR V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-1356-91, Muldoon J., order dated 7/10/91, 13 pp.)

Application for leave to commence proceeding for *certiorari* against respondent's decision refusing to accept application for permanent residence because insufficient humanitarian and compassionate grounds—Rejection letter setting out immigration officer's belief applicant not credible because, *inter alia*, applicant "insisting" not married, whereas applicant having indicated married status in application—Leave granted to file affidavits.

XIE V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (91-T-99, Martin J., order dated 27/9/91, 5 pp.)

Equivalency of offence committed abroad—Appeal from Trial Division order—Motions Judge misapprehending earlier Court of Appeal judgment [(1988), 84 N.R. 236] in this matter—Appeal allowed.

STEWART V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-384-90, Hugessen J.A., judgment dated 5/6/91, 2 pp.)

PRACTICE

Immigration Appeal Board allowing appeal from refusal of application to sponsor grandson's application for permanent residence based on interpretation of "member of the family class" in relation to Immigration Act, s. 77(1)(b) and Immigration Regulations, s. 4(1)(g)(ii)—Respondent intending to adopt grandson—Mother giving special consent to adoption—Québec's Secrétariat à l'adoption, ministère des Affaires sociales intermediary pursuant to s. 72.3 of Québec's Youth Protection Act—Refusal based on finding grandson not meeting requirements of Immigration Regulations, s. 4(1)(g)(iii)—S. 4(1)(g)(iii) permitting Canadian citizen or permanent resident to sponsor application for landing made by child under thirteen whom he intends to adopt and who is born outside of marriage, who has been placed with child welfare authority for adoption—Meaning of "who has been placed with a child welfare authority for adoption" prior to Act amending Youth Protection Act, Civil Code of Québec and Code of Civil Procedure in 1987—Appellant submitting child welfare authority must be situated in country where child resides—Appeal dismissed—As s. 4(1)(g)(iii) not indicating whether child welfare authority of country of child's residence or of country of adoption, adoption proceeding not required to take place in originating country, but may occur in receiving province—Child must be available for adoption, normally

IMMIGRATION—Continued

indicated by child welfare authority in country where child resides—Special consent clearly indicating child available for adoption and should satisfy s. 4(1)(g)(iii)—As Secrétariat à l'adoption not objecting to proposed arrangements for reception and care of child, nothing more required under Regulations—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, ss. 4(1)(g)(iii) (as am. by SOR/84-140, s. 1), 6(1)(c)(iii) (as am. by SOR/85-225, s. 4; SOR/91-157, s. 1)—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. 1-2, s. 77(1)(b),(3)(a) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 10, s. 6; (4th Supp.), c. 28, s. 33),(b)—Youth Protection Act, R.S.Q. 1977, c. P-34.1, s. 72.3.

CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) V. SHAW (A-94-89, Desjardins J.A., judgment dated 18/9/91, 9 pp.)

REFUGEE STATUS

Application to set aside adjudicator's decision lacking jurisdiction to reopen inquiry—Adjudicator and Refugee Board member finding no credible basis for claim for refugee status in November, 1989—Deportation order issued as previously found to be member of inadmissible class—Since arrival in Canada, applicant active in Kenya Canadian Society—Openly criticizing Kenyan Government—Fearing persecution if returned to Kenya because of participation in demonstrations in Canada in October, 1989, January, 1990 and March, 1990—In December, 1989 President of Kenya threatening to punish all refugee claimants returned to Kenya by Canada—Evidence of participation in demonstrations not presented at credible basis hearings as threats of persecution made later—Applicant submitting within adjudicator's jurisdiction to reopen inquiry to hear evidence of whether has become "refugee *sur place*" subsequent to determination lacking credible basis to Convention refugee claim pursuant to Immigration Act, s. 35(1) and Charter, s. 7—Submitting if new evidence capable of amending or reversing adjudicator's decision in issuance of deportation order, adjudicator necessarily having jurisdiction to reopen inquiry—Contrary to *Gray v. Fortier*, [1985] 2 F.C. 525 (C.A.) and *Kaur v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 F.C. 209 (C.A.) wherein held s. 35 not authorizing reopening of inquiry for purpose of receiving evidence related only to order made at conclusion of inquiry as s. 35 restricted to new evidence warranting change or reversal of earlier decision leading to deportation order—Furthermore, decision of adjudicator and member of Refugee Division at credible basis hearing pursuant to Immigration Act, s. 46.01(1) not "decision previously given by adjudicator" within s. 35—Court holding in similar circumstances in *Ihunwo v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1990), 12 Imm. L.R. (2d) 58 (F.C.A.) adjudicator lacking jurisdiction to reopen—S. 46.01(1)(c) specifically prohibiting successive claims to refugee status—Reference to *Longia v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 288 (C.A.)—Charter, s. 24 not conferring jurisdiction on adjudicator to reopen inquiry—Adjudicator not "court of competent jurisdiction" within s. 24—"Court of competent jurisdiction" court having jurisdiction over person and subject-matter and to grant remedy sought—Adjudicator sitting alone lacking jurisdiction over subject-matter

IMMIGRATION—Concluded

(credible basis of applicant's claim)—Only adjudicator sitting together with member of Refugee Division of Immigration Refugee Board having jurisdiction to determine whether Convention refugee claim having credible basis—Adjudicator sitting *qua* adjudicator not court of competent jurisdiction empowered to grant Charter remedy—Nor had adjudicator jurisdiction under Constitution Act, 1982, s. 52 to apply Immigration Act, s. 35(1) in manner consistent with Charter: *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991], 2 S.C.R. 5—Tribunal or adjudicator sitting *qua* adjudicator not having jurisdiction over whole of matter before it—Additional evidence which adjudicator can hear at reopening confined to evidence relevant to object of inquiry, i.e. whether applicant member of inadmissible class—Evidence as to refugee claim not part of subject-matter under adjudicator's jurisdiction pursuant to s. 35—Appeal dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. 1-2, ss. 19, 32 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 11), 32.1 (as enacted *idem*, s. 12), 35, 46.01 (as enacted *idem*, s. 14), 112—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—Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

SAID V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-631-90, Heald J.A., judgment dated 8/10/91, 14 pp.)

Appeal from Refugee Section decision rejecting claim to refugee status—Applicant testifying to fear of forcible recruitment by rebel force in Sri Lanka—Board finding "no indication" rebels forcibly recruit women—Board having before it internal document relating existence of female militants among rebels, and of forcible recruitment of men—No valid reason shown for rejecting applicant's testimony—Appeal allowed.

SATHANANDAN V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-645-90, Mahoney J.A., judgment dated 7/10/91, 3 pp.)

Application to review credible basis tribunal decision no credible basis for claim to status—Applicant testifying fear of persecution because of pressure to continue to work with Chilean secret police—Whether applicant must state political views for which persecuted to qualify as Convention refugee—Can be Convention refugee even without political opinion if persecuting government considers conduct political—Application allowed.

ARANGUIZ V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-695-90, Décary J.A., judgment dated 4/10/91, 2 pp.)

INCOME TAX

Proceeds of disposition of property—Appeal from trial decision confirming reassessment including in taxpayers' income for 1977 \$600,000 paid by Crow's Nest Pass Oil and Gas Co.

INCOME TAX—Continued

Ltd. for coal licences—Appellants, prospectors, agreeing in 1969 to sell coal licences in British Columbia to Crows Nest Industries Ltd.—Agreement providing \$200,000 to be paid immediately, balance from first revenues or proceeds of sale of licences—No coal mined—Licences sold, in 1976, to subsidiary acknowledged to be bound by original agreement—Payment made by subsidiary in 1977—Whether disposition of property in 1969 or 1977—Whether capital gain—For money to be receivable must be legally presently owing—Amount neither received nor receivable until 1977—Not settlement of legal claim but payment for assignment of rights—Appeal dismissed.

DE LUCA v. M.N.R. (A-251-87, Linden J.A., judgment dated 4/10/91, 7 pp.)

ASSOCIATED COMPANIES

Appeal from Trial Division judgment dismissing appeal from reassessments—Taxpayer paying fees to Bermudan company wholly owned by Peter Cundill, owner of 50% of taxpayer company—Act, s. 212(1)(a) providing for withholding tax on management fees paid to non-resident—Whether taxpayer and Bermudan company dealing at arm's length—Trial Judge finding Peter Cundill directing mind of both companies—Finding taxpayer's dependence on Peter Cundill giving Bermudan company strong bargaining position—Findings of fact supported by evidence—Appeal dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 212(1)(a).

PETER CUNDILL & ASSOCIATES LTD. v. CANADA (A-58-91, Mahoney J.A., judgment dated 3/10/91, 4 pp.)

INCOME CALCULATION

Taxpayer dismissed in 1979—Salary continued, pension plan modified to provide pension, lump sum paid in 1980—Lump sum not taxable—Pension payment taxable as pension income—Continuation of salary taxable as termination payment—Appeal dismissed.

WITHERSPOON v. M.N.R. (T-476-86, Jerome A.C.J., judgment dated 30/4/91, 8 pp.)

Appeal from Trial Division decision ((1988), 24 F.T.R. 81) limited partner can claim loss beyond liability for debts of partnership—Partnership's trading losses distinct from debts of firm—Formerly no carry-forward of loss of partnership—Appeal dismissed.

SIGNUM COMMUNICATIONS INC. v. CANADA (A-997-88, MacGuigan J.A., judgment dated 10/5/91, 2 pp.)

Deductions

Appeal from Tax Court decision refusing deduction in value of inventory—Taxpayer selling and leasing automobiles—Act, s. 20(1)(gg) allowing 3% adjustment in value of unsold inventory to compensate for inflation—Whether applying to vehicles on lease—Vehicles not in inventory because generating revenue, not available for sale—Lease, way of structuring sale,

INCOME TAX—Continued

since most vehicles sold to lessee at end of lease—Appeal dismissed—No costs against taxpayer as serious issue—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 43, s. 20(1)(gg) (as enacted by S.C. 1977-78, c. 1, s. 14(1)).

PLAZA PONTIAC BUICK LTD. v. M.N.R. (T-1987-83, Jerome A.C.J., judgment dated 22/5/91, 8 pp.)

Appeal from Trial Division judgment ([1990] 2 F.C. D-37) confirming Tax Court decision appellant not entitled to deduction under Act, s. 8(1)(b)—Legal fees paid for successful defense against criminal charge not incurred in collecting salary or wages—Appeal dismissed.

WILSON v. M.N.R. (A-164-90, Hugessen J.A., order dated 3/6/91, 1 p.)

Appeal from trial judgment dismissing appeal from reassessment disallowing manufacturing and processing tax credit, investment tax credits and capital cost allowance—Trial Judge correctly assessing evidence—Company not primarily involved in processing of goods for sale—Primary role provision of medical services to people and medical advisors—Case substantially similar to *Dixie X-Ray Associates Ltd. v. The Queen*, [1988] 1 C.T.C. 69 (F.C.T.D.)—*Halliburton Services Ltd v The Queen*, [1985] 2 CTC 52 (F.C.T.D.); [1990] 1 C.T.C. 427 (F.C.A.) and *Nowasco Well Service Ltd. v. The Queen*, [1988] 2 C.T.C. 24 (F.C.T.D.); [1990] 1 C.T.C. 416 (F.C.A.) where production and sale of product dominant feature of company activity, distinguished—Appeal dismissed.

REG RAD TECH LTD. v. CANADA (A-455-90, Marceau J.A., judgment dated 4/9/91, 2 pp.)

Farming

Plaintiff, physician and surgeon, seeking to deduct farming losses from other sources of income for 1980 to 1983—Minister restricting deductions to \$5,000 per year under Income Tax Act, s. 31 on basis chief source of income not farming—Plaintiff alleging changed occupational direction from practice of medicine to concentrate efforts on farming as chief expectation of income in 1979—Appeal allowed—Combined result of *Moldowan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480; *Morrissey v. Canada*, [1989] 2 F.C. 418 (C.A.); and *The Queen v. Roney, C.H.* (1991), 91 DTC 5148 (F.C.A.); once accepted farm run as business, i.e. reasonable expectation of profit, in order for taxpayer to exempt himself from constraints of s. 31, must prove farming "chief source" of income—Factors to be considered including time spent, capital committed and profitability, both actual and potential—Furthermore essential to establish potential of farm income to constitute bulk of taxpayer's income, with other sources remaining subsidiary—Court of Appeal's interpretation of *Moldowan* necessitating unusual circumstances, such as those existing in *R. v. Graham*, [1985] 2 F.C. 107 (C.A.) where evidence not only of hard work, time committed and capital outlay, but also likelihood of farm turning profit—Imposing heavy burden on taxpayer who has two sources of income to prove reasonableness of predicted profitability—No question plaintiff not farming merely as sideline—Time devoted to farming, capital invested in farm and cattle and plaintiff's involvement in technological advances in

INCOME TAX—Concluded

Simmental breeding and excellent reputation in farming business indicating change of occupational direction from medicine to farming—Due to circumstances beyond plaintiff's control, such as decrease in Simmental prices, high interest rates and inability to obtain further financing, unable to realize profit—Expectations of profit reasonable—Necessity to generate funds to maintain farm sole reason for increase in income from medical practice after years in question—Plaintiff's chief source of income for 1980-1983 combination of farming and medical practice—Restricted farm loss provisions in s. 31 not applicable—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 31 (as am. by S.C. 1973-74, c. 14, s. 7; 1979, c. 5, s. 9).

WHITE v. M.N.R. (T-398-87, Rouleau J., judgment dated 25/10/91, 23 pp.)

PRACTICE

Motion to strike statement of claim on grounds Court without jurisdiction and proceeding vexatious—Not clear and obvious plaintiff having no cause of action or proceeding vexatious—Motion dismissed.

DENE NATION v. CANADA (T-148-91, Pinard J., order dated 7/6/91, 3 pp.)

INJUNCTIONS

Application for interim interlocutory injunction ordering defendant-respondent, Dorval Airport manager, to implement decision of acting manager to hold drawing by lot among applications received and issue permits to taxi owners in accordance with said decision—Dorval Airport Board advised airport manager on issuing of permits and permit procedures at Dorval Airport, in accordance with Government Airport Concession Operations Regulations—Manager, Land Operations, at Dorval Airport received instructions from Minister of Transport to hold drawing by lot "in a manner not in accordance with the decision" of manager by issuing 47 permits (instead of 30) for A-12 League—Minister may not intervene unless authorized by legislation—Under ss. 11 and 14 of Regulations, manager had discretionary power to decide whether to grant permits in question, not Minister—Manager therefore acted unlawfully by exercising his discretionary power at behest or on orders of superior authority—Delegation of power unlawful—Application allowed—Government Airport Concession Operations Regulations, SOR/79, ss. 11(1), 13, 14.

LIGUE DE TAXIS DE MONTRÉAL INC. (A-11) v. GAUTHIER (T-2367-91, Dubé J., order dated 30/9/91, 7 pp.)

JUDICIAL REVIEW**APPLICATIONS TO REVIEW**

Defendant sending out 68 Requests for Proposals (RFPs) on August 21, 1991 with deadline for submissions of September

JUDICIAL REVIEW—Concluded

11, 1991—Applicant receiving RFP on September 11, 1991—Whether duty to be fair requiring defendant extend deadline—Applicant averring public service strike preventing telephone contact, speculating delay caused by disruption of postal service—Defendant maintaining rule of strict compliance with deadlines to prevent chaos in bidding process on thousands of RFPs—No suggestion defendant favouring other contractors with courier or facsimile transmission—Whether defendant and successful bidders should be charged with fault in postal service—No clear evidence delay caused by industrial action—Duty of fairness not limited to quasi-judicial functions—Defendant acted fairly—Application dismissed.

QUANTUM MANAGEMENT SERVICES LTD. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-2577-91, Cullen J., order dated 15/10/91, 4 pp.)

S. 28 applications to set aside decision applicant not eligible for determination of refugee claim and consequent deportation order—As to constitution of inquiry, case not to be distinguished from *Potter v. Minister of Employment and Immigration*, [1980] 1 F.C. 609 (C.A.)—As to alleged conflict between Immigration Act, s. 46.01(1)(f) and Charter, s. 7, case not to be distinguished from *Berrahma v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 2 F.C. D-29 (C.A.)—Applications dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 46.01(1)(f) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14)—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.

LONGIA v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-1059-90, A-1060-90, Mahoney J.A., judgment dated 23/9/91, 2 pp.)

Adjudicator's decision not open to criticism, unlike that of member of Refugee Division—Latter made two errors, first, did not take into account applicant's testimony found to be credible, and second, first level tribunal must not question what evidence establishes but conclusions second level tribunal may reasonably draw from it—Decision set aside.

SINGH v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-74-91, Pratte J.A., judgment dated 24/9/91, 2 pp.)

MARITIME LAW**PRACTICE**

Collision between defendant ship and plaintiff's ship—Latter sinking, leaking fuel oil—Defendant vessel arrested—Valued at \$17.2 million (U.S.)—Plaintiff claiming \$30 million (Cdn)—Other claims regarding leaked fuel oil not quantified—Owners of defendant vessel seeking to exchange ship for bank guarantee of equal amount pursuant to R. 1005(1)(a)—Requesting Court to define and crystallize claimants' security before judgment—Neither dealing with claimants' right to recover nor attempting to limit extent of recovery against defendants *in personam*—Seeking to give bail in

MARITIME LAW—Concluded

amount of \$17.2 million (U.S.) to which all plaintiffs will have equal access and from which any judgments may be satisfied either in full or rateably—According to *Actieselskabet Borgestad v. The "Thrift"*, [1905-1907] Ex.C.R. 97, only relevant Canadian decision, bail substitution of personal security for *res*; only security to value of *res* regardless of number or aggregate total of claims against it—When shipowner offering bail (a) to full value of vessel and (b) offering bail specifically to all claimants, can be only one bail fund arising out of single casualty—Since defendants permitted use of vessel thus generating profit, interest charges proper—No comment on separate security to cover damages caused by pollution notwithstanding separate insurance coverage re: protection and indemnity in event of pollution damage—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1005.

TAIYO GYOGYO K.K. v. TUO HAI (THE) (T-1951-91, Rouleau J., order dated 11/9/91, 4 pp.)

Clarification of reasons dated 11/9/91 pursuant to R. 337(5)—Reference to *The Thrift*, [1905-1907] Ex.C.R. 97 not determining issue as to whether more than one bail bond should be deposited for each claim in event total claims exceed value of *res*—Comments re: pollution damage claims *obiter*—Mere invitation to counsel to exhaust other aspect—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 337(5).

TAIYO GYOGYO K.K. v. TUO HAI (THE) (T-1951-91, Rouleau J., order dated 19/9/91, 3 pp.)

MORTGAGES

Appellant made two mortgage loans to contractor in 1976 and 1977 at 12% and 10½% respectively—Expiry date of two loans was November 1, 1981—On October 27, 1981 appellant offered to let borrower renew two loans for new five-year term at 19¾%—Renewal accepted on November 12, 1981 but not recorded in notarized deed and not registered—Last payment made on December 1, 1981 and property subsequently put up for sale—Trial Division ([1986] 1 F.C. D-25) dismissed appellant's action for \$227,286.11, representing the difference between the amount of the compensation at the rate of interest of the first two loans and that in the renewal agreement—Whether loan renewal agreement can be set up against corporation—Latter confused concepts of "term" and "adjustment date" mentioned in National Housing Loan Regulations, 1975-76—Nothing in National Housing Act or Regulations requires loan renewal be made after term expires—Expiry date mentioned in loan agreement determines term of loan and term was five years—Also nothing requiring agreement renewing loans secured by mortgage be in notarial form and be registered—No special formality prescribed for doing so—"Interest at the mortgage interest rate" should read "interest at the rate guaranteed by the mortgage"—Corporation cannot reasonably be regarded as third party—Was aware of existence and conditions of loan renewal agreement, which was valid against it—Appeal allowed—National Housing Act, R.S.C. 1970, c.

MORTGAGES—Concluded

N-10, ss. 6(1), 8(1)—National Housing Loan Regulations, 1975-76, C.R.C. 1978, c. 1108, ss. 9(3), 17(1), 35(1),(2).

FIDUCIE, PRÊT ET REVENU v. CANADA (MORTGAGE AND HOUSING CORP.) (A-64-86, Décaré J.A., judgment dated 20/9/91, 15 pp.)

NATIVE PEOPLES

Application for *certiorari* to quash decision of respondent to hire allegedly ineligible person in competition, cancel said competition and order another be held—Federal Court has jurisdiction in case at bar pursuant to s. 18(a) of Federal Court Act since band council "federal board" within meaning of Act, s. 2—Competition held to fill position of director of homeless shelter for women—None of three candidates met all conditions stated in competition notice—Position offered to person with best results, although had only Grade 10 education—Applicant argued respondent did not act fairly—All decisions not subject to duty to act fairly—Since case at bar concerned hiring and not termination of employment, employer's duty to act fairly less burdensome but existed all the same—Selection board gave each of three candidates same opportunity—In view of nature of decision and relationship between parties, council did not fail in duty to act fairly—Application dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2, 18(a).

EINISH-VOLLANT v. CONSEIL DES INDIENS MONTAGNAIS DE SCHEFFERVILLE (T-1709-91, Dubé J., order dated 27/8/91, 8 pp.)

LANDS

Application for order for cross-examination on affidavit filed on motion seeking to substitute Stoney Band for named plaintiffs and file discontinuance—Stoney Band having negotiated settlement of mineral rights with defendants—Issue which Band represents native peoples affected by settlement—Motion by Stoney Band dismissed without prejudice to right to re-apply—Cross-examination ordered.

BEARSPAW BAND OF INDIANS v. CANADA (MINISTER OF INDIAN AND NORTHERN AFFAIRS) (T-2377-88, Cullen J., order dated 16/5/91, 4 pp.)

PATENTS**INFRINGEMENT**

Defendant importing antibacterial drug trimethoprim (TMP) manufactured abroad—Plaintiff holding Canadian patents on TAA and MTBP, intermediates for producing TMP, and on process of manufacture by condensation and cyclization—Other means of making TMP costly and inefficient—Whether TMP produced abroad using plaintiff's process—Whether infringement of patent—Defendant denying knowledge of manufacture of imported TMP—Plaintiff testing

PATENTS—Continued

defendant's pills for presence of intermediates—Plaintiff inviting defendant to witness test but defendant declining—Finding MTBP and TAA—Patent Act, s. 41(2) deeming any substance of same chemical composition and constitution to have been produced by patented process—Defendant not offering rebutting evidence—Intermediates in defendant's tablets deemed to have been produced by plaintiff's process—Product and process claims—Whether *Sacharin Corp. Ltd. v. Anglo-Continental Chemical Works* (1900), 17 R.P.C. 307 (Ch. D.), correctly applied to Canadian patent law by *American Cyanamid Company v. Charles E. Frosst & Company* (1965), 29 Fox Pat. C. 153 (Ex. Ct.)—British statute expressly protecting indirect use—Importation of products manufactured abroad using processes patented in Canada constituting infringement—Situations excepted where intermediate product merely incidental—*American Cyanamid* followed—Act, s. 47, providing patent valid in absence of evidence to contrary—Act, s. 60, providing valid claims severable from invalid—S. 41(1) stipulating no claim for substance intended for food or medicine except when produced by methods claimed—Whether AAT and MTBP intended for Medicine—Review of case law—Only utility claimed in production of medicine—Product claim valid if process-dependent—Process claim valid if specific to product claimed—Process claim not specific as leaving out final step to produce MTBP—Breadth of claims—Whether invention sufficiently described—Expert witness for defendant criticizing absence of reaction conditions—Standards for patent description not those of academic literature—Evidence of plaintiff's witness: skilled chemist following teachings of patent would be able to produce substances preferred—Inoperability—Defendant stating reactions claimed can create many substances, some not useful for purpose—Inoperability distinguished from inutility—If claimed process does not produce product, invalid for inoperability—If process works according to promise, but product without reasonable prospect of commercial or industrial application, invalid for inutility—Although defendant's expert testifying reaction only operable under forced conditions for certain substituents within class claimed, no evidence experiment tried and failed—Onus of proving inoperability not met—Whether utility requiring all chemicals produced have clinical usefulness in medicine—Doctrine of sound prediction that inventor may predict operability and utility of chemical compounds, if party contesting unable to show prediction unsound, claim valid—Not shown to lack utility claimed—Obviousness and inventiveness—Test of technician skilled in art but without inventiveness set out in *Beloit Canada Ltd. et al. v. Valmet OY* (1986), 8 C.P.R. (3d) 289 (F.C.A.)—Fact known compounds reacted in standard reaction not precluding invention—Requirement of inventiveness may be found in perceiving new use—Action allowed in part, counter-claim dismissed—Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4, ss. 41(1),(2), 47, 60.

WELLCOME FOUNDATION LTD. v. APOTEX INC. (T-80-83, MacKay J., judgment dated 14/11/91, 90 pp.)

Appeal and cross-appeal from Trial Division judgment ((1986), 10 C.I.P.R. 163) dismissing claim of infringement and counterclaim to declare patent invalid and void—Patent subject of various assignments and licensing agreements duly registered in Canadian Patent Office—Both validity and

PATENTS—Concluded

infringement of patent at issue—Trial Judge holding Walbar process not infringing claims 1 to 7 of patent—Respondent Walbar buying titanium bars from which to produce compressor blades for various types of jet aero-engines—Court to have regard to entire specification in construing language of claim 1—Patent to be construed as addressed to person skilled in art—Infringement of claim essentially question of fact—Trial Judge findings not to be interfered with by Court unless appearance of palpable and overriding error affecting assessment of facts—No basis for interfering with findings—Walbar process by using short bar or block of work material not infringing patent—Insufficiency of disclosure, like ambiguity, ground for invalidating patent—Once duly granted, patent *prima facie* valid pursuant to Patent Act, s. 47—As so-called "false trail" not expressly pleaded, argument not available to Walbar—Trial Judge declining to declare patent invalid because of Supreme Court decision in *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504—Inutility of patented process for making compressor blades invalidating whole patent—Patent lacking essential feature for successful performance and containing insufficient disclosure—Patent invalid—Appeal dismissed, cross-appeal allowed—Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4, s. 47.

TRW INC. v. WALBAR OF CANADA INC. (A-107-91, Stone J.A., judgment dated 31/10/91, 30 pp.)

PRACTICE

Appeal from Prothonotary's order each plaintiff post security for costs of \$15,000—Foreign plaintiffs respectively owner of patent and licensee—Plaintiffs having been awarded \$3,700,000 in another action on same patent against Tye-Sil Corp.—Defendants suggesting costs in that action as reference point—Issue in principal action whether patent holder entitled to recover profits from retailer after recovering from manufacturer—Tye-Sil having contracted with defendant to indemnify if suit successful—Setting of security for costs matter of discretion—Prothonotary not giving reasonable consideration to relevant facts—Security not to be duplicated where multiple plaintiffs—Trial likely to be shorter than in earlier infringement action—Security for one set of costs fixed at \$15,000—Appeal allowed.

DIVERSIFIED PRODUCTS CORP. v. CONSUMERS DISTRIBUTING CO. (T-2342-86, Rouleau J., order dated 27/9/91, 7 pp.)

PRACTICE

COSTS

Defendants submitting party and party bill with fee of \$250 for appearance on contested motion—Plaintiff having brought motion for January 15, 1990—Defendant's counsel attending on motion but not called—Plaintiff's counsel having that day transmitted to Registry facsimile notifying motion withdrawn—Action discontinued January 18, 1990—Whether defendant entitled to fee per "half day spent in Court" where no submissions made—Exceptional circumstance which must

PRACTICE—Continued

exist to allow fee in such circumstances here made out—Tariff to be interpreted in terms of reality of legal practice—Costs submitted at \$1,122.36 taxed and allowed at \$642.36—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, Tariff B, s. 1(1).

A'HEARN V. ALLTRANS EXPRESS LTD. (T-79-90, Stinson T.O., taxation dated 1/10/91, 3 pp.)

DISCOVERY*Production of Documents*

Application for *mandamus* ordering respondent to return to applicant certain documents seized in his cell—Respondent never refused to give documents and stationery in question to applicant—Application dismissed.

DÉGARIE V. CANADA (PENITENTIARY WARDEN, STE-ANNE DES PLAINES) (T-3386-90, Dubé J., order dated 16/9/91, 2 pp.)

LIMITATION OF ACTIONS

Action for damages brought pursuant to s. 36(1) of Competition Act as consequence of defendant's refusal to fill purchase order for tools—Action brought by Consumer and Corporate Affairs Canada against defendant, latter pleading guilty on April 13, 1989 to charge of unlawfully refusing to supply product, namely Makita power tools—Plaintiffs then brought their action on October 3, 1989 for damages suffered as result of defendant's wrongful actions—Motion filed by defendant to dismiss plaintiffs' action on ground statute barred—According to Competition Act, s. 36(4), action should have been brought within two years of date of wrongful conduct, latter having allegedly occurred between January 8 and March 25, 1985—No connection between criminal proceedings and defendant's wrongful conduct, which could serve to interrupt prescription—Acts concerned in criminal proceedings not same as those forming basis of action brought by plaintiffs—Action statute barred—Amendments proposed by plaintiffs would not serve to correct mere technicalities committed through inadvertence but would rather tend to create new cause of action not based on same facts—Application allowed, action dismissed—Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, s. 36(1),(4).

BÉRUBÉ V. MAKITA OUTILS ÉLECTRIQUES CANADA LTÉE (T-2096-89, Joyal J., order dated 23/9/91, 15 pp.)

PARTIES*Joinder*

Application by John Labatt Ltd. to be joined as respondent—Principal action application for *certiorari* to quash decision of respondent Registrar in opposition proceed-

PRACTICE—Concluded

ings wherein Labatt opposed registration of "Export" as trademark of Molson—Court may add party as respondent to motion—Party must have direct interest in very issue to be determined—Opponent in opposition proceedings may be affected in legal rights or pocket by Registrar's decision—Registrar often not appearing in proceedings against own decisions—Application allowed.

MOLSON BREWERIES, A PARTNERSHIP, V. CANADA (REGISTRAR OF TRADE-MARKS) (T-2320-91, Dubé J., order dated 9/10/91, 4 pp.)

PLEADINGS*Motion to Strike*

Defendant asked Court to strike plaintiffs' statement of claim pursuant to Rule 419(1)(a) on ground disclosed no reasonable cause of action—Words "obvious" and "beyond doubt" impose heavy burden on applicant—Such motion allowed only when obvious statement of claim devoid of merit and cannot succeed—In case at bar plaintiffs alleged discriminatory and grossly negligent acts by defendant—If negligence was cause of damage suffered, would constitute cause of action—Motion dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419(1)(a).

INCENDEX INC. V. CANADA (T-429-91, Joyal J., order dated 23/9/91, 4 pp.)

Particulars

Comments contained in plaintiff's affidavit lacked both credibility and relevance with respect to impartiality of judges of Federal Court toward him—Documents vexatious and shocking—Application pointless and so dismissed—Costs awarded against plaintiff on solicitor and client basis.

KIBALE V. CANADA (T-1891-88, Strayer J., order dated 3/10/91, 2 pp.)

STAY OF PROCEEDINGS

Defendant moving for stay or dismissal of action—Statement of claim filed July 29, 1986—Parties awaiting S.C.C. decision on similar facts—Statement of defence filed March 5, 1987—Plaintiff sending list of documents March 23, 1988—Plaintiff undertaking to furnish draft agreed statement of facts—Sending draft May 15, 1990, writing twice for reply—Defendant moving for stay June, 1991—Witnesses will have forgotten many facts—Transcripts from Tax Court available to refresh memories—Delay prior to March 1987 by agreement or by delay of defendant—Delay since in not filing document lists—Motion dismissed.

CANADA V. AQUA-GEM INVESTMENTS LTD. (T-1727-86, Giles A.S.P., order dated 8/10/91, 3 pp.)

PUBLIC SERVICE**APPEALS**

Appeal Board established by Public Service Commission pursuant to s. 21 of Public Service Employment Act to inquire into acting appointment of employee without competition—Respondent represented had terminated impugned acting appointment and appeal thus moot—Under s. 21, appeal against appointment, and Commission bound by Appeal Board's decision—Appeal Board's inquiry cannot be separated from decision it is mandated to make—As no longer appointment to confirm or revoke, appeal became moot—Application dismissed—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 21.

NOËL V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-941-90, Décaré J.A., judgment dated 9/9/91, 3 pp.)

TRADE MARKS**PRACTICE**

Application for order adding named defendant and applying Anton Pillar order [(1988), 23 C.P.R. (3d) 436 (F.C.T.D.)] requiring defendants give plaintiff's solicitors access to stands and premises for purpose of removing fake Rolex watches—Defendant street vendor averring terms of order too broad—Not demonstrated possession of offending wares inadvertent—Not plausible all for relatives in Nigeria—Order against John Does not less effective against named defendants—Order granted.

MONTRES ROLEX S.A. V. LIFESTYLES IMPORTS INC. (T-476-88, Reed J., order dated 11/6/91, 4 pp.)

Application for interlocutory injunction restraining defendants from further infringing copyright and from using trade mark "Bruttini Uomo & Design" in association with shirts or other clothing—Plaintiff's trade mark "Bugatchi Uomo & Design"—Although threshold test of serious question to be tried met, no evidence of irreparable harm—Before *Syntex Inc. v. Novopharm Ltd.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 129 (F.C.A.), case law establishing where infringement of copyright or trade mark obvious, irreparable harm created i.e. irreparable harm inherent in proprietary right—Grounds for which irreparable harm thought to be inherent: (1) diminution of owner's statutory proprietary interest in exclusive use; (2) loss of distinctiveness of trade mark; (3) implicit recognition of compulsory licence if owner's right not protected; or (4) inevitable loss of market share where well established market developed with wares subject to trade mark entered by one who uses trade mark without authorization—Heald J.A. holding no evidentiary support for those four components of irreparable harm—Merely "perceptions"—Contradictory to conclude mere infringement of proprietary right in trade mark constituting irreparable harm as "proprietary right" at issue—Defendant's financial soundness not challenged—Affidavit evidence defendant much larger company than plaintiff and capable of keeping accounts and paying damages if so

TRADE MARKS—Concluded

ordered—Interlocutory injunction extraordinary equitable remedy to be granted sparingly—Application denied.

MACDAN INC. V. INTERNATIONAL CLOTHIERS INC. (T-1812-91, Dubé J., order dated 17/9/91, 4 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE

S. 28 application against Umpire's decision—Qualifying period under Act, s. 7(1)—Necessary to read s. 7(2)-(7) to determine relevant period—Application dismissed—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 7 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 14, s. 1).

JACKSON V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-1073-90, Hugessen J.A., judgment dated 5/6/91, 3 pp.)

S. 28 application from decision of Tax Court of Canada affirming Minister's decision applicant did not hold insurable employment in 1985 and 1986—Applicant held 50% of voting shares in company but sold 10%—Tax Court of Canada held failure to complete requirement mentioned in s. 71 of Quebec Companies Act meant transfer could not be set up against company and applicant therefore never lost control of shares he transferred—Conclusion wrong as although transfer of shares not perfect in law, applicant nevertheless lost "effective control" of shares transferred within meaning of s. 14(a) of Unemployment Insurance Regulations—Application allowed—Quebec Companies Act, R.S.Q. 1977, c. C-38, s. 71(1)—Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, s. 14(a) (as am. by SOR/78-710, s. 1).

GIROUX V. M.N.R. (A-1092-90, Hugessen J.A., judgment dated 26/9/91, 3 pp.)

S. 28 application against Tax Court decision respondent's employment insurable—Regulations, s. 14(a) providing employment by corporation in which employee owns 40% of shares not insurable—Respondent sole owner, until 1987, of 100241 Canada Ltée—Entering into agreement with daughter for transfer of shares—Agreement reciting shares henceforward hers; she be able to vote them only when paid for; voting rights be exercised meantime by trustee, trustee to act upon buyer's instructions in matters of everyday business; vendor's approval required for any special or extraordinary decisions—Decisions taken since, including declaration of dividend, signed only by daughter—Whether effective control of shares with vendor or purchaser—Vendor reserving veto over matters affecting security of proceeds of sale—Vendor having effective but partial control over more than 40% of shares—Application allowed. (Hugessen J.A. dissenting); Purchaser gained power to decide freely how business operated and shares voted—Element of control retained by vendor serving only to protect security interest—Purchaser having effective control—Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, s. 14(a).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. MALVAUD (A-12-91, Desjardins J.A., Hugessen J.A. dissenting, judgment dated 20/9/91, 11 pp.)

DIGESTS

Federal Court decisions digested are those not selected for full-text or abridged publication in the Canada Federal Court Reports. A copy of the full-text of any Federal Court decision may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

ACCESS TO INFORMATION

Defendant deleting portions of documents on national security and other grounds—Court hearing deponent *in camera*—Court reviewing documents and examining deponent as to concerns giving rise to deletions—Deletions appropriate in circumstances, no more than necessary for national security—Application dismissed.

WOODARD V. CANADA (NATIONAL PAROLE BOARD)
(T-1348-89, Jerome A.C.J., order dated 30/8/91, 5 pp.)

AIR LAW

Application for review of decision of Civil Aviation Tribunal—Tribunal ruling self without authority to extend 10-day period for appealing decision confirming penalty levied by Minister—Tribunal empowered to make rules not inconsistent with Act—Time limit set by Act—Application dismissed—Aeronautics Act, R.S.C., 1985, c. A-2, s. 8.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp), c. 33, s. 1).

FRY V. CANADA (CIVIL AVIATION TRIBUNAL) (A-129-91,
Stone J.A., judgment dated 23/10/91, 3 pp.)

CITIZENSHIP

KNOWLEDGE REQUIREMENTS

Appeal from Citizenship Judge's decision rejecting application for citizenship—Applicant having lived in Canada 13 years—Speaking neither English nor French—Illiterate in own first language—Having virtually no knowledge of Canada's geography, history or current events—Appellant's profound dependence upon husband and son far short of equal autonomy to which Canadian woman entitled—Illiteracy not relieving from requirement for knowledge of Canada, responsibilities and privileges of citizenship—Whether appeal lying from Citizenship Judge's decision not to recommend Minister exercise discretion on compassionate grounds—No jurisdiction in Court to recommend executive action—Appeal dismissed.

KHOURI (RE) (T-2494-90, Muldoon J., judgment dated 7/11/91, 7 pp.)

CITIZENSHIP—Continued

Appeal from denial of application for Canadian citizenship for failure to demonstrate adequate knowledge of Canada and responsibilities and privileges of citizenship—On appeal, appellant demonstrating "adequate", if imperfect, knowledge of Canadian history, political system and system of government as well as rights and privileges of Canadian citizenship—Also demonstrating understanding of how and why not to insult or injure Canada—Asked her response to ignorant or evil people who would insult her by denigrating Canadians of Polish origin such as herself, appellant indicated would refute bigotry by speaking truth about such Canadians—Indicated no place in Canada for violence—Multicultural heritage of Canadians proclaimed in Charter, s. 27 not including ancestral strife, violence and hatred—If such be only cultural heritage of ancestors, must repudiate ancestors to avoid insult and injury to Canada—Appeal allowed—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 5(1)(e), 14—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. 27.

BAGROWICZ (RE) (T-2554-90, Muldoon J., judgment dated 29/10/91, 4 pp.)

Appeal from decision of Citizenship Judge declining to approve appellant's application for grant of citizenship—Appellant's knowledge certainly adequate in circumstances although not error-free—Appellant, of Sudanese nationality and recently awarded degree of doctor of medicine from University of Sudan, showing deep understanding of Canada's constitutional values and imperatives—Freedom of religion important matter of constitutional imperative—Appellant being potential paradigm of citizenship—Appeal allowed and application for citizenship approved under Citizenship Act, s. 14—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 14.

GAYED (RE) (T-2855-90, Muldoon J., judgment dated 30/10/91, 6 pp.)

Appellant's knowledge of Canada's political system and governmental institutions better than adequate to be granted citizenship—Nature of Canada's rights and freedoms and citizen's responsibilities well understood—Appeal allowed.

FORGHANIAN-ARANI (RE) (T-4-91, Muldoon J., judgment dated 31/10/91, 2 pp.)

CITIZENSHIP—Continued**RESIDENCY REQUIREMENTS**

Appeal from denial of application for citizenship based on failure to meet residency requirements of Citizenship Act, s. 5(1)(c)—Applicant entered Canada as landed immigrant under entrepreneurial immigration category on January 25, 1987—Investing \$200,000 in tour business thereby removing condition of entry—Employed as financial comptroller of two companies arranging tours to and from Orient since 1987—Duties including escorting tour groups to Orient necessitating frequent, but short absences from Canada during which staying in hotels—Wife and children returning to Hong Kong in February 1987—Although not legally separated, experiencing marital discord—Two sons completed primary education in Hong Kong have one year of English before enrolling in Canadian school—Both boys attending school in B.C. since 1988 and 1989 respectively—Daughter, aged 9, remaining in Hong Kong with mother—Appellant maintaining home in Vancouver since becoming permanent resident—Maintaining bank accounts here and filing personal income tax returns since 1987—Has B.C. driver's licence, motor vehicle registration and medical insurance—Does not own property elsewhere—Citizenship Judge holding appellant and family neither established nor "rubbing shoulders" with fellow Canadians over period in question—Appeal allowed—Appellant "in mind and fact" has centralized ordinary mode of living in Vancouver—*Papadogiorgakis (In re) and in re Citizenship Act*, [1978] 2 F.C. 208 (T.D.) applied—Act requiring neither legal separation nor participation in organizations and "rubbing shoulders" with neighbours—Residence not indicating mere adoption of Canada as "flag of convenience"—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5(1)(c).

YUE (RE) (T-188-91, Rouleau J., order dated 5/11/91, 5 pp.)

Appeal from decision of Citizenship Judge—Applicant, wife and children entering Canada as landed immigrants in 1981—Having 779 days of presence in Canada out of 1095 days of required residence—Operating export-import business requiring frequent absences—Family remaining in B.C.—Having partnership in Quebec company—Having sold shares in Hong Kong company, but remaining Chairman and President—Holding B.C. driver's licence—Intent to establish in Canada—Appeal allowed.

LEE (RE) (T-270-91, Cullen J., judgment dated 12/11/91, 3 pp.)

Appeal from denial of citizenship based on failure of knowledge and residency requirements—Appellant demonstrating adequate knowledge of Canada and privileges and responsibilities of citizenship on appeal—Appellant, Lebanese citizen, arriving in Canada as visitor in 1984—Granted landed immigrant status in 1985—Returning to Lebanon in 1986 for three months during which married—Returned to Canada alone for two months before departing for Australia where stayed for

CITIZENSHIP—Concluded

two and one half years allegedly because health problems prevented return—Stating paid two months' rent in advance and left all furniture and clothes in apartment and car in charge of friend—No arrangements made for someone to look after affairs when unable to return and now unable to locate contents of apartment or car—Appeal dismissed—Allegations found to be improbable as no documentary evidence supporting arrangements for belongings—No medical evidence why failed to return between end of originally planned visit to Australia and time when first visited doctor, fifteen months later—Onus on appellant to demonstrate on balance of probabilities established home here prior to departure and intended to return, but prevented from so doing by circumstances beyond his control—As establishing neither real home here nor intention to return, failure to comply with Citizenship Act, s. 5(1)(c)—Court lacking jurisdiction to recommend favourable exercise of Minister's discretion to waive on compassionate grounds relevant requirements as Citizenship Judge already considered whether should be recommendation to Minister—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 5(1)(c),(e), 14(1),(2), 15(1).

EL-NAHOUM (RE) (T-581-91, Strayer J., judgment dated 26/9/91, 5 pp.)

CONSTITUTIONAL LAW**CHARTER OF RIGHTS***Criminal Process*

Plaintiff, penitentiary guard, asked Court to render judgment declaring *inter alia* search made on August 20, 1987 illegal and arbitrarily detained and deprived of rights under Charter, ss. 9 and 10—On day in question plaintiff and four other guards compelled to undress completely and do full turn before two superiors—Searches lasted four to five minutes but included no frisking—Laval penitentiary authorities, finding searches done by mistake pursuant to directives from someone without authority or authorization to order strip search, offered public apologies to five employees concerned, including plaintiff—One of security officers reprimanded in writing and two others verbally—Grievance filed by plaintiff with employer allowed in entirety—Unnecessary to determine validity of critical legal provision subject of plaintiff's action in order to provide appropriate and fair remedy for violation of his rights—Illegal and reprehensible search of plaintiff caused by acknowledged fault of defendant's agents—Plaintiff arbitrarily detained and deprived of rights under ss. 9 and 10 of Charter—In circumstances, damages of \$5,000 awarded—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. 9, 10.

BLOUIN V. CANADA (T-410-89, Pinard J., judgment dated 29/11/91, 11 pp.)

CROWN

AGENCY

Appeal from Trial Division judgment ([1986] 2 F.C. D-8) dismissing action brought by appellant to vary assessments of its income tax for 1977 to 1980 taxation years inclusive—Question as to how appellant should calculate cost of tobacco, cigars and cigarettes in its inventory for purposes of Income Tax Act, s. 20(1)(g)—Whether necessary, contrary to holding by Trial Judge, to include in cost certain amounts which appellant paid Quebec Minister of Revenue during years at issue pursuant to agreements with him in order to facilitate collection of tax imposed by Quebec Tobacco Tax Act—Appeal dismissed (Pratte J.A. dissenting)—*Per* Hugessen J.A.: Description given by parties of contract signed by them important point to be taken into consideration in determining true nature of contract—Any doubt should be resolved in sense parties to contract themselves indicated—Though contract between appellant and provincial Department not in classic form of mandate described in arts. 1701 *et seq.* of Civil Code, mandate nevertheless—Representation distinguishing mandate or agency from other nominate contracts recognized by civil law—Appellant in case at bar represented provincial Department under its contract with Department—Early payment by retailer to wholesaler discharged debt to Department—Where debt not paid, Department has right to claim it and retains all privileges in this regard—If retailer pays tax to appellant and latter in turn pays it to Department, and tobacco is lost or destroyed in retailer's custody, Department would be obliged to reimburse retailer amount of tax thus overpaid—Agreement between appellant and provincial Department of Revenue primarily one of representation and accordingly mandate or agency—*Per* Desjardins J.A.: Courts have accepted technique for collecting tobacco tax as direct taxation because person ultimately affected by tax still consumer at time of purchase—Quebec Minister of Revenue authorized to sign agreements with wholesale vendor in order to facilitate collection and remittance of tax imposed by Quebec Tobacco Tax Act—System justified in constitutional terms only if wholesaler and retailer are Department's agents in dealing with consumer—By not challenging agreement in constitutional terms, appellant accepted principle—Real nature of agreement must be analysed in light of constitutional source rather than method used—Machinery for collection of direct tax based on representation—Mandate or agency involved and amounts of tax which appellant paid not part of "cost amount" of tobacco products included in its inventory—*Per* Pratte J.A. (dissenting): Question whether agreement concluded between appellant and Quebec Minister of Revenue mandate or agency—Label parties themselves place on contract not conclusive—When appellant made sales to customers made no other arrangements with them than selling its products at price enabling it to reimburse itself for what it had paid Minister—Mandatory's first duty to perform mandate and second duty to render account—Appellant's first duty not that of carrying out alleged mandate but paying Minister estimated amount of tax on tobacco purchased from manufacturer—Contract concluded between appellant and Quebec Minister of Revenue not contract of mandate or agency—Answer to question whether money paid by appellant under agreement should have been included in calculating cost of tobacco described in appellant's inventory depends on circumstances—Duty imposed on appel-

CROWN—Continued

lant to pay tax on all tobacco purchased from manufacturer sufficiently close to duty to pay indirect tax on product for one to conclude money paid should be included in calculating cost of tobacco—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 10(1), 20(1)(g), 248(1)—Tobacco Tax Act, R.S.Q. 1964, c. 72, ss. 2, 3, 8, 11, 12, 24—Civil Code of Lower Canada, art. 1701.

BRAULT-CLÉMENT INC. v. CANADA (A-137-86, Hugessen and Desjardins J.J.A., Pratte J.A. dissenting, judgment dated 18/11/91, 15 pp.)

TORTS

Plaintiff supplying crane to government dock at Sarnia, Ontario to hoist conveyor system onto lake freighter to make repairs to docked ship—Crane six-axle self-propelled Krupp 180 GMT hydraulic crane and three-axle boom dolly—When backing crane onto and along dock, crane broke through concrete driveway of dock property and struck ship—Action to recover cost of repairs and lost profits—Plaintiff alleging washout of materials under concrete slab in area where old timber wharf joining onto new concrete wharf cause of collapse of dock and defendant aware of situation from 1988 inspection report—Two days before accident plaintiff operating crane on same dock—Action allowed and damages of \$85,191.92 awarded—No basis to set aside claim for failure of notice under Crown Liability Act—Defendant's representatives, through harbour master having actual notice of events as soon as occurred and no prejudice to Crown in securing full information about all relevant events—Use of cranes on Sarnia government dock (public dock) common since 1930—Neither practice nor policy to consult or obtain approval of harbour master before taking crane onto dock—Structure unsound due to washout—Both responsible Departments should have known of existence of hazardous conditions from 1988 inspection report identifying tendency of area to lose fill and recommending repairs—Upon receipt of report, Departments under duty to (1) inform harbour master; (2) do proper test i.e. regular drilling program and/or (3) warn potential users of dock of hazard either by identifying area as dangerous or implementing general practice requiring permission from harbour master before machines placed on dock—Such activities not unreasonable burden, but not undertaken by defendant—Inconceivable harbour master not informed of contents of report given nature and relevance—In absence of precautionary measures, unreasonable to expect plaintiff to satisfy itself lift performed two days earlier safe, but lift at time of accident risky—Identification in report of tendency of area to lose fill and defendant's knowledge of tendency and attendant problems fatal to defence—Crown Liability Act, R.S.C., 1985, c. C-50, ss. 3, 12.

SARNIA CRANES LTD. v. CANADA (T-2878-89, Jerome A.C.J., judgment dated 7/11/91, 10 pp.)

Statement of claim having been struck with leave to file amended pleading—Whether amended statement of claim showing cause of action—All facts pleaded deemed proven—Plaintiff averring pesticide poisoning and suing Minister of Agriculture for damages for negligence in registering delayed neurotoxins—Crown liable in negligence only for operational decisions—No duty of care for policy decisions: *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228—Decision to register pesti-

CROWN—Concluded

cide relating to standard setting, not implementation—Policy decision—No cause of action—Motion allowed.

KUCZERPA v. CANADA (T-229-90, Teitelbaum J., order dated 29/10/91, 7 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE**EXCISE TAX ACT**

Appeal from assessment of excise tax and federal sales tax on cooking wine—Plaintiff importing cooking wine in bulk, repackaging and selling—Product containing 1.5% salt by weight and unfit to drink—Whether “wine” within meaning of Act—Definition not including reference to palatability but only to spirituous nature and derivation—Not changed by addition of salt—Appeal dismissed—Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, s. 25.

GRANTHAM FOODS LTD. v. CANADA (T-1824-90, T-1825-90, Rouleau J., judgment dated 8/11/91, 4 pp.)

Monarch, manufacturer of pre-cast concrete septic tanks, paying sales taxes for June 1970 to March 1978, despite dispute as to liability therefor—1988 judgment awarding refund of sales taxes and interest thereon from May 1, 1986—Whether appellant entitled to interest on refund covering May 25, 1973 until April 30, 1986—Trial Judge holding no interest payable re: sum owing before May 1, 1986, date Excise Tax Act, s. 47(7), providing for payment of interest on such refunds, coming into force—Under Federal Court Act, s. 36, absent contract stipulating for payment of interest or statute providing therefor, Court cannot order interest against Crown—Payment ordered to be made after coming into force of interest provision, with respect to application filed prior to its coming into force but deemed to have been made and filed in accordance with s. 47(2) and (3)—No question of retrospective operation as payment of refund, not of interest, triggering application of s. 47(7)—Under s. 47(7), upon payment of refund with respect to application not yet disposed of, taxpayer entitled to interest whether application made before or after coming into force of Act—1985 amendments to the Excise Tax Act, ss. 49.02 and 43(2) (latter being transitional provision) indicating no interest payable prior to date of assent thereto—As 1986 Act not referring to s. 43(2) but repealing and substituting s. 49.02, s. 43(2) not repealed and still in force—Transitional provision in force until repealed or obsolete i.e. when all applications filed before coming into force of 1985 Act dealt with—Pursuant to s. 47(7) of 1986 Act in force at time of trial, interest to be paid by Crown with respect to application made in 1973, but such interest, because of s. 43(2) of 1985 Act restricted to that accrued since 1985 Act assented to (February 26, 1985)—Excise Tax Act, R.S.C. 1970, c. E-13, ss. 47 (as am. by S.C. 1986, c. 9, s. 32), 49.02 (as enacted by S.C. 1985, c. 3, s. 22)—An Act to Amend the Excise Tax Act and the Excise Act and to amend other Acts in consequence thereof, S.C. 1986, c. 9, s. 55—An Act to amend the Excise

CUSTOMS AND EXCISE—Concluded

Tax Act and the Excise Act, S.C. 1985, c. 3, s. 43(2)—Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 2(2).

MONARCH CONCRETE PRODUCTS LTD. v. CANADA (A-504-89, Décaré J.A., judgment dated 16/10/91, 7 pp.)

FEDERAL COURT JURISDICTION**APPEAL DIVISION**

Fisheries—Scheme of Fisheries Act indicating Minister's decision purely administrative and not required to be made on judicial or quasi-judicial basis—S. 28 application to set aside Minister's decision quashed—Decision should be attacked in Trial Division—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

MARK v. CANADA (MINISTER OF FISHERIES AND OCEANS) (A-959-91, Pratte J.A., judgment dated 21/10/91, 1 p.)

TRIAL DIVISION

Motion to strike portions of statement of claim—Plaintiff Rorison, defendant Wiley co-inventors of pavement resurfacing process—Assigning interests in invention to plaintiff R.W. Blacktop—Applying for patents in Canada and U.S.—Rorison buying out Wiley's share of R.W. Blacktop—Buy-out agreement providing parties to cooperate in protecting company's interest in invention—Plaintiffs seeking injunction restraining defendants from breaching patent and agreement, injunction restraining defendants from building and selling equipment in breach of agreement, delivery up, accounting of profits, damages for breach of contract, punitive damages—Federal Court jurisdiction exceptional and statutory—Remedies available under Patent Act not including adjudication of contractual and fiduciary claims—Court having concurrent jurisdiction to grant legal and equitable relief where action primarily concerns patent—Prayer for relief struck with leave to file amended statement of claim—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 20(2).

R.W. BLACKTOP LTD. v. ARTEC EQUIPMENT Co. (T-859-90, Rouleau J., order dated 22/10/91, 9 pp.)

Motion for order striking out action against individual defendants as not being Crown officers or servants under Federal Court Act, s. 17(5)(b), nor federal board or commission or other tribunal under Act, ss. 2, 18—Case law clear band council being federal board within meaning of ss. 2 and 18—Whether band's individual members federal board within meaning of s. 2—In *Jock v. Canada*, [1991] 2 F.C. 355 (T.D.), jurisdiction given to Federal Court, Trial Division, to issue writ of *quo warranto* against respondents—Teitelbaum J.'s reasoning equally applicable to determination of issue of jurisdiction herein—Application dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2, 17(5)(b), 18.

SUNDAY v. AKWESASNE ELECTION BOARD (T-2023-91, Cullen J., order dated 18/10/91, 4 pp.)

FINANCIAL INSTITUTIONS

Appeal from judgment of Trial Division ([1991] 2 F.C. D-3), upholding decision of Superintendent of Financial Institutions and finding certain clauses of National Bank of Canada pension plan in conflict with Pension Benefits Standards Act—In case at bar, employee who had reached certain age and completed certain number of years of service had vested right to retirement benefit—Dispute as to interpretation of requirement contained in s. 10(1)(a) of Pension Benefits Standards Act and application to Bank plan—According to Superintendent, plan not in accordance with s. 10(1)(a) as providing employees who leave after completing ten years of service and reaching age 45 only entitled to deferred pension at normal retirement age, 65—Trial Judge found in favour of Superintendent—S. 10(1)(a) refers not to 45 year-old employee with ten years' service but to employee having attained 45 years of age with ten years' service and treated as if had attained earliest age at which plan would entitle him to unadjusted pension benefits—S. 19 of Pension Benefits Standards Regulations of no assistance to appellants—Appeal dismissed—Pension Benefits Standards Act, R.S.C. 1970, c. P-8, ss. 2, 10(1)(a).

NATIONAL BANK OF CANADA V. CANADA (SUPERINTENDENT OF FINANCIAL INSTITUTIONS) (A-141-91, Hugessen J.A., judgment dated 4/10/91, 10 pp.)

HUMAN RIGHTS

S. 28 application to review applicant's Human Rights Tribunal's dismissal of complaint under Canadian Human Rights Act, s. 14(1) two RCMP members uttered offensive comment related to colour—Tribunal not convinced offensive comments actually made—Court not justified in setting aside Tribunal's decision—Application dismissed—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 14(1).

ODIATU V. CANADA (ROYAL CANADIAN MOUNTED POLICE) (A-29-91, Heald J.A., judgment dated 5/11/91, 2 pp.)

IMMIGRATION

Application to quash rejection of application for permanent residence and for *mandamus* directing consideration of application in accordance with Immigration Act and Regulations—Application in Independent Class indicating intended occupation in Canada "Construction Manager"—Applicant's education, training, professional standing, work experience and present duties reviewed at personal interview—Visa officer determining occupation best corresponded with Canadian Classification and Dictionary of Occupations (CCDO) description of Civil Engineer—All of post-secondary education in civil engineering field, all of letters of reference referring to him as engineer, and present position requiring managerial responsibilities—Personal interview found to be thorough—Assessment based on answers made at interview to detailed questions based directly on CCDO designation of construction manager—No grounds for interfering with visa officer's assessment—No breach of duty of fairness, egregious error of fact, failure to consider all pertinent facts nor error of

IMMIGRATION—Continued

law—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 8(1)(a) (as am. by SOR/85-1038, s. 3).

MANNAN V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-1359-91, Muldoon J., order dated 3/10/91, 11 pp.)

Application to quash refusal of family application for immigration—Upon conditional acceptance of application, family instructed to obtain medical reports—As result of examination by doctor approved by Department (Dr. L.), son diagnosed as having Hodgkins' disease, stage III—While undergoing eight-month chemotherapy regime, rest of family coming to Canada and commencing operation of ranch purchased earlier—Dr. L. indicating son's disease curable and should not pose problem for immigration—Medical officer of opinion son would place excessive demands on Canadian health services—Application rejected pursuant to Immigration Act, s. 19(1)(a)(ii)—Treatment successful—Applicant relying on doctrine of legitimate expectations, submitting Minister's agent (Dr. L.) representing application would not be refused or processed until treatment completed; such representations intended to be relied upon; and in fact relied upon to applicant's substantial detriment—Application dismissed—Nothing supporting determination Dr. L. acting as "agent" of Minister's office—Dr. L. independent doctor in Norway who conducted medical examinations for Canadian immigration—Lacking authority to make representations or promises on behalf of Department or to bind it in any way—Doctrine of legitimate expectation part of rules of procedural fairness—Not creating substantive rights—Applicant submitting medical officer's opinion and decision premature as should have waited until treatment completed—Given high incidence of recurrence in Hodgkins' disease, no reason to wait for completion of treatment—Failure to qualify by any dependent child sufficient grounds for refusal of family application—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19(1)(a)(ii)—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 22.

BAKKESKAUG V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-1837-91, Rouleau J., order dated 25/9/91, 8 pp.)

Immigrant Investor Program—Application for *certiorari* against respondent's decision to refuse extension for marketing of private investment syndicate under Program—Regulations, s. 2(1) requiring minimum investment of \$250,000—Applicant's proposal receiving approval July 18, 1989—Applying on September 27, 1990, with endorsement of provincial ministry, for 12-month extension—Granted 6-month extension to July 18, 1991—Regulations amended December 7, 1990 to increase investment requirement for funds approved by province after August 18, 1990 to \$350,000 for minimum of five years—Applicant seeking 6-month extension April 26, 1991—Respondent's position amendment requiring denial—Whether date for provincial approval applying to approval of extension or original approval—Original regulation not referring to expiry or extension—Amendment not expressly drafted to prescribe treatment of expiry dates—Extension of provincial approval not creating new syndicate—Application allowed—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 2(1)

IMMIGRATION—Concluded

(as am. by SOR/85-1038, s. 1(3); 89-585, s. 1(2); 90-750, s. 1(1)).

CANADA EIGHTY-EIGHT FUND LTD. v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-2303-91, Reed J., judgment dated 25/9/91, 7 pp.)

Whether Immigration Appeal Board exceeded jurisdiction in substituting own judgment for medical officers' as to likelihood applicant would cause excessive demands on health or social services—No reviewable error in exercise of compassionate and humanitarian jurisdiction.

CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) v. JHOOTI (A-363-90, Pratte J.A., judgment dated 22/10/91, 1 p.)

REFUGEE STATUS

Redetermination of claim under Immigration Act before enactment of present refugee determination system—Minister arguing where incompetent examination of refugee claimant by Department representative, Immigration Appeal Board obliged to do so—While Board members entitled to question claimant, type of examination necessary to repair failure here inconsistent with judicial role—Cannot conclude Board not considering inconsistencies in respondent's evidence although not addressed in argument by Minister's representative as canvassed by dissenting member—Appeal dismissed.

CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) v. BASRA (A-518-90, Mahoney J.A., judgment dated 25/11/91, 2 pp.)

Appeal from decision of Refugee Division—Excessively laconic nature of tribunal's reasons—Did not say whether its finding certain aspects of claimant's account not credible led it to reject claimant's assertions completely as to genuineness of fear—Inadequacy of reasons apparent, making Court's intervention inevitable—Appeal allowed.

POUR v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-655-90, Marceau J.A., judgment dated 5/12/91, 2 pp.)

Application for review—Board member using wrong test of "enough" evidence for credible basis hearing—Legislation stipulating "any" evidence—Application allowed.

PRASAD v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-89-91, Linden J.A., judgment dated 4/10/91, 1 p.)

INCOME TAX**INCOME CALCULATION***Capital Gains*

Preliminary determination of question of law—Question relating to Income Tax Act, s. 39(4) allowing taxpayer to treat subject transactions on lifetime basis as capital in nature—

INCOME TAX—Continued

Plaintiff's 1983, 1984 and 1985 taxation years at issue—Whether words "trader or dealer in securities" in s. 39(5) should be given narrow interpretation—Parliamentary Debates necessary to set context and clarify purpose of enactment—Purpose of program to encourage Canadian taxpayers to invest in Canadian companies—Election, once made, binding on taxpayer for lifetime—Lifetime provision in s. 39 relieving taxpayer of uncertainty and anxiety occurring in case of realty traders—Question answered affirmatively—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 39(4) (as enacted by S.C. 1977-78, c. 1, s. 16(2)),(5) (as enacted *idem*).

VANCOUVER ART METAL WORKS LTD. v. CANADA (T-2074-87, Jerome A.C.J., judgment dated 4/4/91, 13 pp.)

Appeal from Tax Court decision rejecting appeal from reassessment—Taxpayer, resident in Victoria, buying two lots for recreational purposes on Gabriola Island, B.C., between 1971 and 1975—Lot 76 costing \$4,000, lot 77, \$10,000—Building house on lot 76, placing outbuildings on lot 77—Purpose of having both lots to enhance tranquillity—Selling home in Victoria, moving to Gabriola property—Lot 77 sold in 1982 for \$70,000—Whether taxable capital gain—Whether part of principal residence—Tax Court having found contiguous land not "necessary" to use and enjoyment of house—Where land under 1/2 hectare, need not be necessary but only reasonably regarded as contributing to use and enjoyment—Burden on taxpayer lower—Weight attached to evidence of actual use and enjoyment—Not for Revenue or courts to be arbiters of lifestyles of taxpayers—Appeal allowed.

FOUR v. M.N.R. (T-1879-88, Strayer J., judgment dated 13/11/91, 9 pp.)

Deductions

Appeal from Tax Court of Canada's dismissal of appeals from reassessment disallowing deductions of business losses for 1982 and 1983—Seeking to deduct more than \$19,000 each year resulting from automobile performance rallying activities—Minister determining expenses not incurred for purpose of gaining or producing income from business within s. 18(1)(a), but were personal or living expenses—"Source of income" requiring profit or reasonable expectation thereof: *Moldowan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480—Reasonable expectation of profit objective determination based on facts including profit and loss in past years, training, intended course of action, capability of venture as capitalized to show profit after charging capital cost allowance—Performance rallying not sport with lucrative prizes—Appeal dismissed—Profit and loss experience in past years simply one of loss—As only profit attributable to sale of assets upon termination of venture, not relevant for consideration as business in terms of reasonable expectation of profit—Objectives unrealistic in view of plaintiff's experience with annual expenses at almost \$20,000—Unlikely sponsors willing to assist plaintiff's expansion beyond rally participation to operation of garage—No evidence of numbers of persons engaged in sport successfully attracting sponsors—No evidence of concern with factors required to successfully attract sponsors except success in rallies—General strategy to find assistance to defray expenses not

INCOME TAX—Concluded

constituting planning necessary for success in business—Not providing basis for finding reasonable expectation of profit—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 3, 9(1),(2), 18(1)(a),(h).

EDWARDES V. CANADA (T-1986-88, MacKay J., judgment dated 14/11/91, 16 pp.)

PRACTICE

Appeal from Trial Division decision denying taxpayer solicitor and client costs on successful appeal of reassessments—Whether Income Tax Act s. 178(2) provision for costs to taxpayer upon Minister's appeal from Tax Court applying by analogy—Appeal dismissed—Purpose of s. 178(2) to allow questions of principle to be decided where amounts small—Taxpayer having initiated appeal from reassessment in Trial Division—Income Tax Act, s. 178(2) (as am. by S.C. 1976-77, c. 4, s. 64; 1980-81-82-83, c. 158, s. 58, item 2; 1984, c. 45, s. 75).

SPLANE V. CANADA (A-104-91, Heald J.A., judgment dated 4/10/91, 3 pp.)

REASSESSMENT

Appeal from Tax Court decision dismissing appeal from reassessments for 1977, 1978, 1979 and 1980—Revenue Canada attempting factual audit—Taxpayer's financial records too disordered to furnish information for audit—Books not reconciled with bank account, transaction dates unrecorded, personal and corporate records confused—Revenue conducting net worth assessment, imposing penalties—Whether reassessments incorrect—Whether Minister entitled to reassess for years in question—Whether Minister entitled to impose penalties—Onus on taxpayer to demonstrate error in assessment—Appellant's evidence neither enabling Court to determine real income nor proving net worth assessment wrong—Reassessment not time-barred where taxpayer making negligent or careless misrepresentation—Appellant's record-keeping negligent—Penalty may be levied in case of gross negligence—Onus on Minister to establish gross negligence—Onus not met—Appeal allowed as to penalties—Dismissed as to reassessments—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 152(4)(a)(i), 163(2) (as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 77; 1977-78, c. 5, s. 7).

HONIG V. M.N.R. (T-936-87, T-937-87, T-938-87, T-939-87, Strayer J., judgment dated 31/10/91, 7 pp.)

NATIVE PEOPLES**LANDS**

Reference to determine rent payable under lease of Kenora Indian Reserve No. 38B set apart for use and benefit of Rat Portage Indian Band—35 cottages and lodge on land—20-year lease entered into January 4, 1988 but retroactive to 1985—\$33,000 payable annually for first three-year

NATIVE PEOPLES—Concluded

period—Minister to fix rent every five years to reflect fair market rental provided not less than \$33,000—Fair market rental defined as comparable land rentals in area outside reserve, but if no comparables available, rental not less than 10% of sale market value of parcel—As no comparable land rentals in area, second method used—Whether property should be evaluated on basis highest and best use (1) subdivision into ten cottage lots, taking as basis of comparison undivided parcels which would be subject to all off-reserve laws or (2) existing use as cooperatively-held property providing 35 cottage sites on 10.34 acres, without regard for current off-reserve limitations on subdivisions—Meaning of "fair market rental value"—"Parcel of vacant land, similar in area" meaning single parcel as close as possible to subject property's acreage—"Similar . . . in character" referring to location and topography—"Vacant land" meaning land without improvements—Highest and best use test should have been applied only to comparable parcels off Reserve suitable for use within broad limits of definition of permitted purposes of subject property, i.e. for seasonal single family dwellings or cottages and non-commercial docks—Although existing buildings legitimate consideration in determining highest and best use, terms of lease providing standard of value of vacant land off Reserve—"Used for similar purposes" requiring consideration of what is legally permissible for land outside Reserve—Properties relied upon as comparables by plaintiff's appraiser very different and no precise adjustment for date of sale thereby underestimating value of property—Fair market value of property determined to be \$380,000 and fair market rental 10% therefore \$38,000 per annum—Although lease requiring valuation based on value of similar property outside Reserve, impossible because Reserve land having special advantages and disadvantages—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 17(3).

DEVIL'S GAP COTTAGES (1982) LTD. V. CANADA (T-2468-88, Strayer J., judgment dated 18/11/91, 11 pp.)

PAROLE

Application for prohibition to prevent National Parole Board considering reports of suspected criminal activity at detention hearing—Inmate, 32, serving 7-year sentence for sexual assault and robbery of 86-year-old woman—Charged, while on mandatory supervision, with assault and robbery—Charges dropped as one complainant not appearing at trial, other not wishing to testify—Alleged victims prostitutes—Case against applicant, disclosed to him, including RCMP file with both convictions and charges on which no conviction, and parole officer's report on charges while on supervision—Whether sufficiently specific to permit applicant to prepare answer—Standard of fairness not same as in criminal trial as guilt not in issue—Issue whether undue risk to public—Information about charges relevant where indicative of lifestyle and associations—No breach of Charter—Application dismissed.

PRASAD V. CANADA (NATIONAL PAROLE BOARD) (T-2150-91, Rouleau J., order dated 27/11/91, 7 pp.)

PATENTS

INFRINGEMENT

Action for infringement of claims 1 to 6 of Canadian patent 1,150,616 for sectional folding closure—Defendants denied infringing patent and alleged claims 1 to 6 of patent void due to lack of novelty, anticipation of invention, obviousness and fact patent claims wider than invention described—Patent in question describes and claims invention for solving problem of installing folding doors—Infringement of rights associated with patents mixed question of fact and law—For Court to interpret, first, claims of patent, then decide whether product manufactured, sold and distributed by defendant infringes patent—Plaintiffs had burden of establishing defendants' allegedly infringing product contained all components of each of allegedly infringed claims—On principal action, plaintiffs proved infringement of certain claims—In counterclaim, defendants alleged patent invalid—Claims 1 to 6 of patent in question invalid for lack of novelty, anticipation and obviousness or because claims wider than invention described—Claims 2, 3, 4 and 5 not infringed—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 34.

MARTINRAY INDUSTRIES LTD. v. LES FABRICANTS NATIONAL DAGENDOR MANUFACTURING LTD. (T-662-87, Denault J., judgment dated 11/12/91, 41 pp.)

PRACTICE

APPEALS AND NEW TRIALS

Appeal from Motion Judge's decision allowing appeal from Prothonotary's decision not to order discovery of document—Appeal dismissed—Judge hearing appeal from prothonotary on matter involving discretion must exercise own discretion—Not bound by prothonotary's opinion in cases not involving factual findings based on credibility of witnesses.

CANADA v. JALA GODAVARI (THE) (A-112-91, Hugessen J.A., judgment dated 18/10/91, 3 pp.)

COSTS

Successful plaintiff in income tax matter, solicitor, representing self—Presenting bill of costs including counsel fees, attendance at trial of accountant, preparation costs of accounting firm—No counsel fee for self-represented litigant—Accountant not having been qualified as expert—Institution of proceedings not necessarily starting point for costs—Accountants' fees not equivalent to legal work—Disbursements not subject to partial indemnity—Some accounting work not related to Federal Court proceeding—Date of Tax Court judgment reasonable starting date—Costs presented at \$6,075.65 taxed and allowed at \$1,219.83.

SUTHERLAND v. M.N.R. (T-1856-89, Stinson T.O., taxation dated 15/11/91, 12 pp.)

Motion for special directions to taxing officer—Applicant Beloit awarded costs on successful appeal—Trial having lasted four weeks, appeal nine days—Counsel deposing to 2,350 hours of preparation—Appellant's in-house patent attorney

PRACTICE—Continued

travelling from Wisconsin to instruct counsel conducting appeal—Trial Judge having awarded against applicant senior and junior counsel fees above tariff—In-house counsel in position of party—Travelling and living expenses of party not allowed—While case well prepared, 2,350 hours' preparation "luxurious"—Difficult trial not necessarily indicating difficult appeal—Legal principles of obviousness and anticipation few and well-known—Taxing officer directed to allow lump sum of \$30,000 for preparation, enhanced counsel fees at hearing of \$600 for senior counsel, \$300 for junior.

BELOIT CANADA LTD. v. VALMET-DOMINION INC. (A-587-89, A-588-89, A-589-89, A-590-89, Mahoney J.A., order dated 30/10/91, 6 pp.)

DISMISSAL OF PROCEEDINGS

Want of Prosecution

Appeal from refusal to dismiss action for want of prosecution on ground precluded by defendant's delay throughout litigation—Plaintiff waiting two years after statement of defence filed before furnishing agreed statement of facts—One year later defendant moving for stay—Motion dismissed, although Associate Senior Prothonotary agreeing two-year delay would have supported successful motion to dismiss for want of prosecution had such application been made in reasonably timely fashion—On appeal from prothonotary, Trial Judge required to exercise own discretion—Defendant establishing inexcusable inordinate delay causing serious prejudice—Sufficient passage of time since occurrence of facts giving rise to action (tax appeal) for any witness to have forgotten many of circumstances—Fact plaintiff's delay in prosecuting case sufficient to warrant order dismissing action not, under circumstances, altered by subsequent delay by defendant—Incorrect to imply defendant's lack of action excused plaintiff's failure to prosecute—In *Farrar v. McMullen*, [1979] 1 O.R. 709 Court of Appeal rejecting notion application to dismiss action for want of prosecution should be dismissed where defendant taking undue length of time to bring application: defendant not required to spur plaintiff on or lose right to successfully apply for dismissal of action for want of prosecution—Plaintiff's delay so substantial as to likely cause prejudice to defendant at trial—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 336(5).

CANADA v. AQUA-GEM INVESTMENTS LTD. (T-1727-86, Rouleau J., order dated 8/11/91, 4 pp.)

JUDGMENTS AND ORDERS

Default Judgment

Application for default judgment—Court raising issue of jurisdiction *ex proprio motu*—Hearing adjourned to permit plaintiff to file written submissions on jurisdiction—Action dismissed by other Trial Division judge for lack of jurisdiction in intervening day—Court may not continue hearing on motion for judgment—Application dismissed.

CREIGHTON v. CREIGHTON HOLDINGS LTD. (T-1898-91, Joyal J., order dated 24/10/91, 2 pp.)

PRACTICE—Continued*Reversal or Variation*

Application for reconsideration and correction of reasons for judgment—Reference in judgment to legislation recently repealed and replaced—Effect of new legislation identical—Reference in judgment to distance in miles where actually kilometres—Distance irrelevant to decision—Correct statutory provisions to be substituted in reasons for judgment—Reference to miles error within Rule 337(6)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 337.

CHENIER (RE) (A-927-90, Mahoney J.A., order dated 16/10/91, 3 pp.)

Stay of Execution

Application for stay of execution—Trial Judge having found 26-day trial caused by defendant Nordmann, "man of reckless business ethic"—Sole defence attempt to ruin reputation of honest persons—Trial Judge cataloguing reasons for placing little reliance on Nordmann's testimony, concluding none of group having liquid assets—Nordmann's affidavit filed in support of motion—Counsel able to "decimate, paragraph by paragraph" claims of property value—No case defendants able to offer security to satisfy judgment—Application dismissed.

SHIBAMOTO & CO. V. NICOLLE N (THE) (T-1810-88, Cullen J., order dated 12/11/91, 3 pp.)

Judge having heard application in 3-day hearing—Respondent not agreeing with applicant hearing was to be procedural only—Decision entirely consistent with current law—Law clear in requiring environmental review before federal approvals given—Whether order should be stayed—Court may interfere with decision of another judge of Trial Division only in extraordinary circumstances—Application dismissed.

CARRIER-SEKANI TRIBAL COUNCIL V. CANADA (MINISTER OF THE ENVIRONMENT) (T-2686-90, T-2687-90, Jerome A.C.J., order dated 12/7/91, 4 pp.)

PLEADINGS*Motion to Strike*

Motion by defendants for (1) order striking out portions of statement of claim against Her Majesty as disclosing no reasonable cause of action, (2) order striking out entire statement of claim against 2 other defendants as disclosing no reasonable cause of action, (3) order staying action, (4) order for better particulars—Plaintiff elected chief of Westbank Indian Band in British Columbia in 1976—Acting as agent for Department of Indian Affairs and dealing with ongoing problems of Band—Public inquiry called by Federal Government as many Band members unhappy with plaintiff's actions—Plaintiff's claim based on Department's refusal to provide him with legal counsel and to give access to documentation—Allegation of breach of fiduciary duty against Crown—Motion to strike out based on R. 419(1)(a)—No evidence admissible on said application, all facts pleaded in statement of claim deemed proven—Claim could be struck out only in plain and obvious cases and case beyond doubt—Under R. 419(2), no evidence to be considered other than pleadings—No specific and personal

PRACTICE—Continued

acts alleged against defendants McKnight and Anderson—Motion to strike statement of claim against them maintained—Motions Judge not called upon to decide whether plaintiff able to make out claim based on Crown's fiduciary obligation—Statement of claim not to be struck out if trial judge may decide in favour of plaintiff—Case law clear fiduciary duty owed by Crown to Indians—Striking of statement of claim against Crown for no reasonable cause not justified—Not plain and obvious or beyond a doubt plaintiff having no reasonable cause of action—Action dealing with Westbank inquiry stayed pending decision of British Columbia Court of Appeal—To allow action to continue abuse of judicial process as plaintiff could realize double recovery for same damages—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419(1)(a),(2).

DERRICKSON V. CANADA (T-910-90, Teitelbaum J., order dated 20/11/91, 16 pp.)

Motion to strike statement of claim argued by conference call after parties filing written representations and making representations by conference call on appropriateness of so proceeding—As condition of water licence issued by Northwest Territories Water Board in respect of Polaris Mine Licence, Cominco required to comply with Surveillance Network Program—Board also attaching condition purporting to give itself power to unilaterally amend Program at its discretion—Northern Inland Waters Act, s. 14 requiring Minister's approval of any amendment to conditions of water licence and s. 17 requiring public hearing where Board considering amendment of licence—Board amending Program without either Minister's approval or public hearing—Statement of claim alleging amendments *ultra vires* and void and imposition of licence condition empowering Board to amend Program improper and unauthorized exercise of power to attach conditions to licence and improper delegation of Minister's discretion to approve amendments to licences—Also alleging terms of Program and amended Program unreasonable—Defendant submitting Federal Court Trial Division lacking jurisdiction as matter properly within jurisdiction of Court of Appeal under s. 28 power to review decisions of federal boards, commissions or other tribunals such as defendant—Application dismissed—Defendant's argument merely raising questions about proper forum for relief—As statement of claim not simply appeal from Board's order, not clear Trial Division lacking jurisdiction—Northern Inland Waters Act, R.S.C., 1985, c. N-25, ss. 14, 17.

COMINCO LTD. V. CANADA (NORTHWEST TERRITORIES WATER BOARD) (T-972-90, Jerome A.C.J., order dated 20/11/91, 5 pp.)

Statement of claim seeking to change passport to include designation of Polish nationality—Alleging neither omission nor error—As form of passport prescribed by statute and regulations, alteration thereof would be breach of Minister's statutory duty and contrary to law—As statement of claim seeking neither redress of any grievance nor relief within Court's jurisdiction to grant, motion to strike allowed.

RUDOWSKI V. CANADA (T-809-91, Jerome A.C.J., order dated 21/6/91, 3 pp.)

PRACTICE—Concluded

Plaintiff's pleading consisting of vague ramblings about "spy deceiving" and relating "lawyers feared to discuss the subject"—No actionable grievance stated—Statement of claim struck without leave to amend, with leave to file fresh pleading provided states genuine grievance against Queen or government and prepared by someone able to set out grievance understandably in an official language.

SALEM V. CANADA (T-2139-91, Muldoon J., order dated 14/11/91, 4 pp.)

Particulars

Application by defendants with respect to order for particulars—Order referring to certain documents bundled together and requiring defendants to better describe them—Improper for party to disclose presence of bundles of documents without identification and unilaterally claim privilege—Sufficient particularities must be provided to give plaintiff opportunity to decide whether *prima facie* case for privilege—Under R. 449(2), privilege claimed must be accompanied by sufficient statement of grounds of privilege—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 449(2).

GILBERT V. FRANK H. BROWN (THE) (T-1457-90, Joyal J., order dated 27/11/91, 3 pp.)

REFERENCES

Reference to determine plaintiff's damages with interest and costs against defendant West Indies Shipping Corp.—Claim for cargo damage—Quantum of plaintiff's damages assessed at \$9,762.90—Granting of post-judgment and interest thereon to be determined by Court on application for judgment.

JONAS BROWNE & HUBBARD (G'DA) LTD. V. CARICOM VENTURE (THE) (T-976-88, Daoust R., report dated 26/6/91, 2 pp.)

VARIATION OF TIME

Application under Trade-marks Act, s. 56(5) and Federal Court Rules, RR. 704(3), 704(8), for order extending appellant's deadline until December 15, 1991 within which to file affidavit evidence—Opposition filed by applicant against registration of respondent's trade mark "Helsinki Formula"—Opposition rejected by Opposition Board for lack of evidence—Determinations under R. 704(8) meant to be summary—Applicant must show valid or excusable reason for delay and relevance and admissibility, in interests of justice—Proof of valid or excusable reason made by applicant in that must secure evidence from third party or parties—Relief afforded in interest of justice—Application granted—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 56(5)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 704(3),(8).

BIO-GENERATION LABORATORIES INC. V. PANTRON I, CORP. (T-2462-91, Cullen J., order dated 17/10/91, 5 pp.)

PUBLIC SERVICE

Application to set aside decision of adjudicator under Public Service Staff Relations Act denying grievance against dismissal as Customs Inspector—Before adjudication process complete, adjudicator commenting on applicant's case to customs officer—Apparently attempting to avoid payment of duty on two bottles of wine by volunteering was judge sitting on Public Service Staff Relations Board (PSSRB) and had recently dismissed customs employee—Adjudicator subsequently upholding termination—Applicant arguing reasonable apprehension of bias—Reference to *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369 and *Kane v. Board of Governors (University of British Columbia)*, [1980] 1 S.C.R. 1105 for test for bias—Question of fact in each case—Important not to confuse issues—Adjudicator's wrongful and stupid conduct may have brought administration of justice into disrepute, but not necessarily bias in particular case—Employer's position on issue for which adjournment granted so parties could file written submissions so obviously correct, adjudicator could, without any suspicion of bias, conclude any argument of applicant would be rejected—Possibility adjudicator's decision made to impress customs officer too remote to found basis of reasonable apprehension of bias—Application dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

LAPLANTE V. CANADA (TREASURY BOARD) (A-175-89, Décaré J.A., judgment dated 29/10/91, 5 pp.)

LABOUR RELATIONS

Guards at maximum security penitentiary in Prince Albert, Saskatchewan invoking Part II of Code and refusing to work because management refusing to post guard during visitor hours in "school passage", corridor used by staff, inmates, and visitors during visitor hours—Dragseth arranging replacement and leaving station to carry out duties as co-chairperson of safety and health committee—When management arranged for passage to be manned, guards returning to work—No inspection by safety officer, contrary to mandatory provision of Canada Labour Code, s. 129—Management's disciplinary inquiry resulting in imposition of \$500 fine on Dragseth and written reprimands on other guards—Public Service Staff Relations Board (PSSRB) holding although acting in good faith, by leaving positions unmanned in maximum security institution, endangered others contrary to Code, s. 128(2)(a) and deserved disciplinary action—Application to set aside PSSRB decision reducing Dragseth's fine to written reprimand and maintaining other reprimands—Code, s. 128 permitting employee to refuse to work because of unsafe conditions except where refusal endangers others—S. 147(a)(iii) prohibiting disciplinary action against employee for acting in accordance with Part—Attorney General challenging PSSRB's jurisdiction to entertain Dragseth's complaint or to vary penalty, having found actions warranted discipline—Alleging guards should have grieved under Public Service Staff Relations Act, not complained directly to PSSRB—Also alleging orchestration of job action plan related to legal strike of non-custodial personnel—Attorney General's s. 28 application dismissed—Immunity from disciplinary action expressed in s. 147(a)(iii) applying to committee member performing functions under s. 128(6) and (7)—Evidence supporting PSSRB

PUBLIC SERVICE—Concluded

conclusion guards, other than Dragseth, leaving posts in contravention of s. 128(2)(a)—PSSRB entitled to draw inferences as to consequences of actions from circumstances of place of employment in preference to accepting evidence to contrary—Good faith not altering fact leaving posts unmanned endangered others—Decision to maintain written reprimands stands—Dragseth not endangering others as found replacement before leaving post—Imposition of reprimand ignoring ss. 135(6)(a), 135(9) and 147(a)(iii)—PSSRB erred in law by not entirely relieving Dragseth of any penalty—Employees' s. 28 application allowed accordingly—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 128 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 4), 129, 133 (as am. *idem*), 135(1) (as am. *idem*), 147 (as am. *idem*)—Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11, s. 11(1.1) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 22).

DRAGSETH V. CANADA (TREASURY BOARD) (A-937-90, A-948-90, Mahoney J.A., judgment dated 30/10/91, 8 pp.)

TERMINATION OF EMPLOYMENT

Probation

Application for *certiorari* quashing decision to reject applicant on probation—In March 1989 applicant appointed to position loaned from one directorate (CFSS) within DND to another (DCI)—Completed probation in March 1990 at which time CFSS recalling position, but not incumbent (applicant)—Applicant appointed to position having similar duties at DCI, which had been created in 1989, but never staffed—Competition therefor cancelled—Letter of offer, signed by applicant, stating position subject to probation pursuant to Public Service Employment Act, s. 28—Applicant rejected on probation—Whether transaction resulting in employment in second position “appointment” attracting probationary period or merely lateral transfer—Applicant submitting as always performing duties of new DCI position at all times, merely transferred and therefore probationary period completed—Application dismissed—As “appointment” and “position” not defined in Act, reference to *Doré v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 503 and *Canada v. Brault*, [1987] 2 S.C.R. 489 for approach when considering those terms—Question of what Department objectively did, not what intended to do—Although positions similar and applicant performing duties which can be associated with former position, proof only of similarities between positions—If applicant occasionally asked to perform duties which varied in minor ways from those of appointed position, Court should not interfere—Administration must have reasonable flexibility to effect minor changes to functions of existing position—DCI intended to staff new position by competition and applicant applied therefor—Competition only cancelled because of decision not to take incumbent with recalled position—Appointment new appointment to which s. 28 applied—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, ss. 8, 10, 11, 22, 24, 25, 28.

MATHIEU V. CANADA (DEPUTY MINISTER OF NATIONAL DEFENCE) (T-2060-91, Joyal J., order dated 1/11/91, 10 pp.)

TRADE MARKS

Appeal from order granting interlocutory injunction in terms sought by Polo Ralph Lauren Corp. rather than in those consented to by Cameo Optical Ltd.—Motions Judge erred in assuming any trade mark comprising “Polo” used by Cameo in association with eyewear necessarily confusing with Ralph Lauren’s registered trade mark “Polo”—Situations where no confusion conceivable—Ignored Trade-marks Act, s. 6(5) requiring Court to consider all surrounding circumstances in determining whether marks confusing—Appeal allowed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 6(5).

POLO RALPH LAUREN CORP. V. CAMEO OPTICAL LTD. (A-868-91, Pratte J.A., judgment dated 16/10/91, 2 pp.)

EXPUNGEMENT

Motion to expunge respondent’s mark “Club St-Tropez & Design” for use in association with ladies’ sportswear on ground confusing with applicant’s trade mark “Saint Tropez West” for use in association with women’s clothing—Respondent registered owner of mark in November 1989—Opposing applicant’s application in April 1990, but later withdrawing opposition—Onus on party seeking expungement to prove invalidity in light of presumption of validity created by registration—Where doubt regarding validity of trade mark registration, presumption of validity not rebutted and doubt must be resolved in favour of validity of trade mark—As applicant’s application for registration filed in 1985 and pending when respondent’s application registered, material time for considering confusion date of applicant’s application for registration—Trade-marks Act, s. 6(5) requiring Court to consider all surrounding circumstances including enumerated criteria in determining whether mark confusing—St. Tropez geographic location—Normally geographically descriptive word not registrable unless acquired secondary graphic name or meaning or distinctive of wares or services—Court should look at marks in entirety and not dissect them—Having regard to all surrounding circumstances, respondent’s mark not confusing with applicant’s—Both marks considered weak and should be allowed to co-exist—Applicant also alleging respondent estopped from denying confusion by virtue of allegations in opposition—Estoppel inappropriate—Question of confusion legal conclusion based on state of facts—Statements in opposition mere allegations without supporting argument, affidavits or evidence and without determination of question by Registrar—Not constituting admission of confusion and of little or no relevancy—Motion dismissed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 6(5), 16(3)(b).

CALIFORNIA FASHION INDUSTRIES, INC. V. REITMANS (CANADA) LTD. (T-387-91, Cullen J., order dated 10/10/91, 11 pp.)

INFRINGEMENT

Plaintiff registered owner of “Gucci” trademark—Registration not covering furniture—Defendants, manufacturers and vendors of furniture, obtaining licence from Delaware company to use trademark “Paolo designed by Paolo Gucci” with disclaimer of affiliation with plaintiff—Paolo Gucci family member formerly working with plaintiff—Furniture not designed by Paolo Gucci—Whether confusing—Whether *bona*

TRADE MARKS—Continued

fide use of personal name—Personal name exception limited to person bearing name—Insufficient link between Paolo Gucci and parties to licensing agreement—Ordinary consumer likely to be confused—Action allowed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 19, 20.

GUCCIO GUCCI S.P.A. v. MEUBLES RENEL INC. (T-780-90, Jerome A.C.J., judgment dated 1/11/91, 7 pp.)

Application for interlocutory injunction restraining defendant from commencing operation of restaurant in Toronto under name The Spruce Goose Brewing Company Ltd.—Plaintiff owning trade mark “The Loose Moose Tap & Grill”—Operating restaurant in downtown Toronto known as The Loose Moose since 1989—Effort and money expended to establish successful operation and substantial goodwill—Defendant’s restaurant to offer same service and atmosphere to same clientele—Plaintiff alleging confusion likely as Loose Moose and Spruce Goose sound similar, although words actually different—Application dismissed—Words not only different, but Spruce Goose having distinctive connection with Howard Hughes’ famous aircraft—If confusion established at trial, plaintiff not suffering irreparable damage as plaintiff’s operations well established and defendant’s not yet open—Any damage capable of calculation and monetary compensation—If defendant wrongly enjoined from opening, injury to it more severe as negotiations with advertisers, staff and landlord to open complete—Also injury more difficult to redress with monetary compensation.

697234 ONTARIO INC. v. SPRUCE GOOSE BREWING Co. (THE) (T-2448-91, Jerome A.C.J., order dated 7/11/91, 4 pp.)

REGISTRATION

Appeal from dismissal of opposition to respondent’s application for registration of trade mark “Ricard & Design” for use in association with “vins, apéritifs à base d’anis, spiritueux anisés, boissons alcooliques à base d’anis” based on use in Canada since 1954—Ricard Pernod corporation formed in 1974 from merger of two corporations, Ricard and Pernod, and owner of all trade marks of two merged corporations—Société pour l’exportation de grandes marques (SEGM) French corporation formed in 1975, wholly-owned subsidiary of Pernod Ricard and exclusive worldwide licensee of trade marks of Pernod Ricard—SEGM agent for Pernod Ricard doing business in Canada since 1975—Trade-marks Act, s. 30(b) requiring applicant to file date from which applicant or named predecessors in title have used mark—Molson submitting to establish date of use in Canada prior to actual use by applicant latter must provide list of all predecessors in title, but as SEGM wholly-owned subsidiary of Pernod Ricard impossible to have been predecessor in title—Applicant therefore guilty of misrepresentation rendering trade mark invalid on basis mark not registrable at date of registration—Molson also alleging Registrar’s practice to refuse application pursuant to s. 30(b) when, even though issue not pleaded in statement of opposition, evidence showing application deficient—Pernod Ricard not leading evidence to meet allegations on non-compliance with s. 30, but relying on case law indicating subsidiary may be predecessor: *Labatt (John) Ltd. v. Molson Companies*

TRADE MARKS—Concluded

Ltd.—Les Compagnies Molson Ltée (1984), 3 C.P.R. (3d) 192 (T.M. Opp. Bd.) and *Hardee’s Food Systems Inc., v. Hardee Farms International Ltd.* (1984), 1 C.P.R. (3d) 417 (T.M. Opp. Bd.)—Based on evidence of representative of SEGM, person duly authorized to manage operations of Pernod Ricard in Canada, which had not been before Registrar, Molson discharging slight evidential burden to lead evidence in support of allegation—Pernod Ricard, not filing evidence to shed light on matter, failing to meet requirements of s. 30(b)—Appeal allowed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 30(b).

MOLSON BREWERIES v. PERNOD RICARD (T-1790-90, Dubé J., judgment dated 20/11/91, 8 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE

Application pursuant to Federal Court Act, s. 28 to set aside decision by Umpire pursuant to Unemployment Insurance Act—Respondent received unemployment insurance benefits from May 1987 to early in following November—Paid salary by Laval University from August 31 to November 7, 1987—Employment and Immigration Commission asked respondent to repay \$850, amount of benefits received without entitlement—Board of referees dismissed appeal by respondent, who took case to Umpire—Latter ruled in his favour, saying not employee before late October 1987 and money paid by University should have been allocated only from that date—Umpire made two errors, first being to determine respondent had not worked at University before end of October 1987—In order to allocate remuneration paid under contract of service in course of which some services not always rendered, necessary to have regard to period for which remuneration payable rather than dates on which employee performed duties—Umpire also erred in considering remuneration owed under contract of service could never be allocated over period prior to date on which contract concluded—Application allowed—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, ss. 79, 95.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. SYLVAIN (A-769-90, Pratte, Marceau and Décary J.J.A., judgment dated 29/11/91, 10 pp.)

Application to set aside Umpire’s decision—Umpire not dealing with issues before Board of Referees concerning amount of earnings to be allocated to period during which received unemployment insurance benefits and period over which should have been allocated, but referring matter back to new Board of Referees to determine whether employment excepted within Unemployment Insurance Regulations, s. 13 as no evidence employed for more than 15 hours per week—M.N.R. already determining respondent’s employment insurable—Application allowed—For purposes of proceedings, Minister’s determination final—Umpire must deal with issues presented to him by appeal—Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, s. 13 (as am. by SOR/80-805, s. 1).

CANADA v. CASSIDY (A-818-90, Mahoney J.A., judgment dated 5/11/91, 3 pp.)

DIGESTS

Federal Court decisions digested are those not selected for full-text or abridged publication in the Canada Federal Court Reports. 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.

CITIZENSHIP

RESIDENCY REQUIREMENTS

Appeal from dismissal of citizenship applications—Appellants arriving in Canada from Hong Kong on June 27, 1987 and obtaining landed immigrant status—Purchasing condominium in Toronto prior to arrival and investing \$250,000 in Canadian company—Opened bank accounts, obtained social insurance numbers and provincial medical insurance—One son came with them and studied at Queen's university for next three years—Returned to Hong Kong thirty-four days later—Continued to operate businesses and own flat in Hong Kong—Returned to Canada in May, 1990 and applied for citizenship July 7, 1990—Physically present in Canada only 330 days—Although appellants residing in Canada sixteen months since citizenship application, only length of residence prior to date of application relevant—Appeals dismissed—Activities after taking steps to establish residence here not indicating continuing residence, but intention to reestablish residence here in future—Not clearly centering lives in Canada—Applications premature—Federal Court judge lacking jurisdiction to review citizenship judge's refusal of recommendation of exercise of discretion under s. 5(3) or (4)—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5(1)(c),(3),(4).

LI (RE) (T-440-91, Strayer J., judgment dated 25/11/91, 5 pp.)

Question whether respondent obtained Canadian citizenship by false representation, fraud or knowingly concealing material circumstances—Respondent admitted to Canada for first time on March 29, 1973 and deportation order made against her on May 25, 1973—Left Canada voluntarily on November 29, 1974 and returned to Haiti—Immigration Appeal Board dismissed her appeal on May 27, 1975 and directed deportation order be put into effect as soon as possible—Respondent returned to Canada on April 9, 1976 as landed immigrant—Obtained Canadian citizenship on October 6, 1981—Applicant charges respondent with knowingly concealing material circumstance, namely of having deportation order made against her by Canadian authorities—Answer respondent supposed to have made to question asked in this regard not really false—As respondent left Canada voluntarily before deportation order confirmed, not deported from Canada as said order never carried out—Always believed deportation order and appeal proceedings had been terminated when she left Canada voluntarily—Presumption in Citizenship Act, s. 10(2)

CITIZENSHIP—Concluded

does not apply—Judgment for respondent—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 10(1),(2), 18(1)(b).

CANADA (MINISTER OF STATE FOR MULTICULTURALISM AND CITIZENSHIP) v. JULIEN (T-1177-91, Pinard J., judgment dated 1/11/91, 7 pp.)

CROWN

CONTRACTS

Action claiming sum of \$1,312.15 as balance of sale price of GMC van—Plaintiff agreed to deliver van to defendant equipped with gas tank with capacity of 113.7 litres—Not only was larger tank than agreed upon installed on van but installation done in such a way as to detract from appearance of vehicle and cause serious practical drawbacks—Failure by plaintiff to perform obligation under contract—Defendant had third party restore appearance of vehicle and instal 100-litre gas tank—Therefore justified in deducting \$862.15 cost of work, but not additional \$450, which she must repay plaintiff, plus interest in accordance with government policy—Action allowed in part.

AUTOMOBILES GIGUÈRE INC. v. CANADA (T-2281-88, Pinard J., judgment dated 25/11/91, 3 pp.)

PREROGATIVES

Application for *certiorari* and *mandamus* against Trade-marks Opposition Board (TMOB) setting aside latter's refusal to permit certain amendments to applicant's statement of opposition and directing Registrar and delegate to allow said amendments—Solicitors for private respondent objecting vigorously to Canada Post's request to amend statement of opposition—TMOB dismissing applicant's request as causing prejudice to private respondent and additional delay—Canada Post arguing trade mark not registrable as contrary to Trade-marks Act, ss. 9(1)(d), 12(1)(e)—*Prima facie* valid amendments of statement of opposition ought to be permitted—TMOB having no right or jurisdiction to blink away statutory statements of public policy made by Parliament—Registrar and TMOB not above law—No specific prejudice to respondent apart from effluxion of time and lack of compensa-

CROWN—Concluded

tory costs in opposition proceedings—Paramount statutory status conferred to Canada Post by Canada Post Corporation Act matter of public policy and public order which TMOB bound to respect—Canada Post's special monopolistic status placing it in more favourable position than that of ordinary parties to trade mark proceedings—Activities falsely proclaiming "post office" subject to criminal sanctions—Lawful duty of Canada Post to defend and assert monopoly in trade marks, interests and trade mark oppositions—Tardiness in expressing grounds of opposition cannot prevail against Canada Post—No prejudice nor additional expense for private respondent in relation to proceedings under Trade-marks Act—Applicant entitled to amend statement of opposition in manner proposed—TMOB's exercise of discretion to refuse amendments error of law—Costs awarded to unsuccessful private respondent as Canada Post failing to articulate opposition to trade mark applications and to perform statutory duty *ab initio*—Canada Post Corporation Act, R.S.C., 1985, c. C-10, ss. 2 (1),(2), 5(1), 14(1), 16(1),(2), 19(1), 23, 25, 56, 58(1),(2), 60, 61.

CANADA POST CORP. V. CANADA (REGISTRAR OF TRADE-MARKS) (T-1602-91, Muldoon J., order dated 10/12/91, 23 pp.)

TORTS

Prescription—Action for damages brought against the Crown as result of events in February 1987, when RCMP officers executed search and arrest warrants pursuant to requisition for extradition by French Republic—Proceedings commenced on March 20, 1989 and subsequently amended—As events plaintiff complained of occurred in Quebec, art. 2261 of Civil Code must be applied—It provides a two-year limit to initiate action for damages resulting from offence or quasi-offence—Plaintiff knew on February 25, 1987 extradition requisition had been made against him, had knowledge of allegedly delictual acts on said date and prescription started to run then—Action prescribed and in any case without basis—Action dismissed—Civil Code of Lower Canada, art. 2261.

PRIEUR V. CANADA (T-558-89, Denault J., judgment dated 20/11/91, 5pp.)

CUSTOMS AND EXCISE**EXCISE TAX ACT**

Appeal from Trial Division judgment [[1991] 2 F.C. D-2] dismissing appeal from Minister's refusal of refund of federal sales tax on galvanized steel truss plates—Appellant manufacturing truss plates, incorporated by other manufacturers into roofing trusses—Whether exempt as "fabricated structural steel" under Act, s. 26(4)(d)—Intent of Parliament to exempt materials which compete with building elements put together on-site—"Structural" component having load-bearing capacity—Plates having such capacity only as part of completed

CUSTOMS AND EXCISE—Concluded

truss—Appeal dismissed—Excise Tax Act, R.S.C. 1970, c. E-13, s. 26(4)(d) (as am. by S.C. 1974-75-76, s. 112(2)).

JAGER INDUSTRIES INC. V. CANADA (A-57-91, Desjardins J.A., judgment dated 2/12/91, 11 pp.)

IMMIGRATION

Shandi and wife arriving in Canada from Norway and applying for refugee status—Identified himself as colonel in Palestinian Liberation Organization (PLO)—Both Shandi and wife using Italian passport under assumed names—Detained pursuant to Immigration Act, s. 103.1—At review, Ministers' s. 103.1(7) application evidence not be disclosed as of opinion injurious to national security or safety of persons granted—Continued detention ordered—Applicant applying to quash after order under s. 103.1(8)—Minister and Solicitor General then filing s. 40.1 certificate of opinion, based on security or criminal intelligence reports, applicant member of inadmissible class under s. 19(1)(e), and detention order under s. 40.1(2) issued—S. 40.1 providing form of judicial review for refugee claimant not permanent resident of Canada and who, for security or other specified reasons, may not be admitted to Canada—Ministers file with Federal Court certificate of conclusion person not qualifying for admission for review to determine whether certificate reasonable on evidence and information provided to judge—Inquiry into refugee status cannot proceed until Court making determination—Court examining security intelligence reports, hearing evidence of CSIS officer and arguments on behalf of Minister and Solicitor General—Defendant presenting expert evidence on PLO and Middle East, and arguments—PLO dedicated to liberation of Palestine—Comprised of several groups, some of which more militant than others—Transcript and arguments revealing Shandi more than colonel in PLO, confirming reasonableness of certificate—Fact Shandi bodyguard to PLO leader Yasir Arafat indicating existence of intelligence network so guard can appreciate where there is danger and from whom—Evidence establishing trouble with police and immigration authorities and made career of travelling under forged documents, although declarations to contrary—Fake passports indicating intention to be subversive in host country—Inconceivable man as committed to Palestinian cause as Shandi would suddenly cease to be involved in subversive way if allowed to reside in Canada—Shandi's own evidence showing considerable knowledge of makeup of personnel and fields of activity i.e. terrorism and drug sales—Court satisfied Shandi not limited to protecting Palestinians in camps, but worked on larger playing field—Espionage and subversion not limited to actual act, but envisage participation by one who assists or facilitates objective as one who commits *actus reus*—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19(1)(e), 40.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4), 103.1 (as enacted *idem*, s. 12).

SHANDI (RE) (IMM-3-91, Cullen J., order dated 9/1/92, 12 pp.)

Appeal from Immigration and Refugee Board decision dismissing appeal from deportation order—Appellant, present in

IMMIGRATION—Continued

Canada on student visa, marrying Canadian citizen and applying for permanent residence—Giving, as names of all children, name of child of marriage only—Not mentioning three children born out of wedlock in Uganda—Whether material misrepresentation—Whether Board erred in declining to exercise equitable jurisdiction on grounds applicant lacking family and community support—Board noting absence at hearing of wife, in-laws, friends—Ignoring request for adjournment to permit their attendance—Dismissing averment wife recovering from tonsillectomy—Overlooking letter of support from mother-in-law—“Children” on application having ordinary sense, including children born out of wedlock—Misrepresentation material if forecloses or averts further inquiries: *Minister of Manpower and Immigration v. Brooks*, [1974] S.C.R. 850—Error on record in inference appellat without family and community support—Appeal allowed.

OKWE V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-383-89, Heald J.A., judgment dated 9/12/91, 8 pp.)

Appeal from Immigration and Refugee Board decision allowing appeal from refusal to approve family's application for permanent residence—Application refused as principal applicant (father) member of inadmissible class described in Immigration Act, s. 19(1)(c)—S. 19(1)(c) denying admission to persons convicted of offences punishable by ten years of imprisonment, except where Governor in Council satisfied person rehabilitated and where at least five years have elapsed since termination of sentence imposed—Visa officer stating no evidence warranting conclusion rehabilitated—Board holding inadmissibility test in s. 19(1)(c) misapplied as only Governor in Council can decide rehabilitation issue in absence of power to delegate—Minister challenging Board's conclusion as no evidence before visa officer Governor in Council satisfied principal applicant rehabilitated—On facts, s. 19(1)(c) criteria for inadmissibility satisfied: required convictions admitted, five-year time period expired, but nothing on record establishing Governor in Council satisfied principal applicant rehabilitated himself—Not pre-condition to operation of s. 19(1)(c) Governor in Council consider rehabilitation issue and be not satisfied applicant within exception—S. 19(1)(c) only requiring visa officer be satisfied no decision of Governor in Council made: *Mohammad v. Canada (Minister of Employment & Immigration)*, 55 D.L.R. (4th) 321 (F.C.A.)—S. 8(1) imposing upon person seeking admission to Canada burden of proving admission not contrary to Act or Regulations—Applicant for landing inadmissible under s. 19(1)(c) unless satisfying onus of providing evidence to visa officer Governor in Council satisfied principal applicant rehabilitated—As onus not satisfied, exception to inadmissible class in s. 19(1)(c) not established—Principal applicant remaining member of inadmissible class—Appeal allowed—Board finding no circumstances warranting special relief in context of finding refusal not valid—In view of conclusion refusal valid, matter remitted to Board for reconsideration and redetermination to consider whether compassionate or humanitarian considerations warranting granting

IMMIGRATION—Continued

of special relief—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19(1)(c), 77(3)(a) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.)), c. 10, s. 6).

CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) V. GILL (A-219-90, Heald J.A., judgment dated 31/12/91, 7 pp.)

PRACTICE

Application pursuant to Federal Court Act, s. 18 asking Court to issue writ of prohibition directing respondent not to undertake or resume inquiry under Immigration Act; further asking Court to issue writ of *mandamus* enabling applicant to take advantage of provisions of Refugee Claimants Designated Class Regulations—Applicant arrived in Canada from Ghana in late 1986—Refugee status claim dismissed by respondent in October 1987—Immigration Appeal Board dismissed appeal on November 30, 1989—New Immigration Act, coming into effect on January 1, 1989, considerably altered process for claiming refugee status—Transitional provisions allowing former Board to exercise its powers until December 31, 1989—Applicant not within designated class mentioned in Regulations, s. 3—Appeals to former Board before commencement day, namely January 1, 1989, not disposed of on that day dealt with by Board in accordance with former Act and rules thereunder—Adjudicator's power to resume inquiry not affected by provisions of new Act—Old Board still had jurisdiction to render decision—Principle of legitimate expectation raised by applicant without basis—Application dismissed—Refugee Claimants Designated Class Regulations, SOR/90-40, s. 3(1), (2).

OWUSU V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-2910-90, Joyal J., order dated 31/12/91, 11 pp.)

Application for *certiorari* to quash immigration officer's decision insufficient humanitarian and compassionate grounds to accept application for permanent residence from within Canada and *mandamus* requiring new interview—Applicant, born in Italy, living in Argentina from 1954 to 1987—Not eligible as Convention refugee as would not be subject to persecution in Italy—Interviewed under both pre-*Yhap* and post-*Yhap* guidelines—Immigration officer meeting duty of fairness—Discretion exercised *bona fide*—*Yhap v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 1 F.C. 722 (T.D.).

CONDO V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-2066-91, Rouleau J., order dated 29/11/91, 3 pp.)

Application for interim interlocutory injunction—Applicant's counsel only informed of Court of Appeal decision preventing presentation of constitutional and Charter arguments two days prior to removal hearing—Interim injunction should only be granted in cases of absolute urgency, i.e. where something may be done which cannot later be remedied—Application denied—Establishing neither serious issue to be tried (submission suffering stress and anxiety resulting from

IMMIGRATION—Continued

excessive delay in resolving refugee claim not showing arguable case) nor irreparable harm.

NADAN v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-2932-91, Teitelbaum J., order dated 27/11/91, 3 pp.)

S. 28 application—Provisions of ss. 45 and 46 of Immigration Act, repealed on January 1, 1989, still applied to applicant—Applicant's claim to refugee status dismissed before then and none of new provisions could be applied—Application dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 45, 46.

MARC v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-199-91, Marceau J.A., judgment dated 16/10/91, 2 pp.)

Question of law, jurisdiction or procedure may not be subject of reference under Federal Court Act, s. 28(4) unless certain conditions fulfilled—Question in instant case did not meet conditions—Application for directions dismissed—Reference filed by adjudicator vacated—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28(4).

IMMIGRATION ACT (RE) (A-656-91, Pratte J.A., judgment dated 18/11/91, 2 pp.)

Appeal from decision of Trial Division granting leave to apply for judicial review of immigration officer's refusal to admit respondent Conception—Consequent upon refusal, appellant Minister proceeding toward credible basis inquiry and eventual removal order—Upon leave application, Trial Division ordering Minister not to proceed further pending Court's disposition—Trial Division having jurisdiction upon application under Immigration Act, s. 82.1(1) only to grant or refuse leave, not to grant interlocutory relief—Interlocutory relief properly to be sought upon application for review, after leave granted—Under Act, s. 82.2(1), however, Court of Appeal without jurisdiction to entertain appeal from order made upon application for leave—Appeal quashed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 82.1(1) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19), 82.2(1) (as enacted *idem*).

CONCEPTION v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-1042-91, Mahoney J.A., judgment dated 12/12/91, 2 pp.)

REFUGEE STATUS

Appeal from Immigration and Refugee Board, Refugee Division decision rejecting claim to refugee status—Applicant Tamil woman testifying to frequent visits from and searches by Indian soldiers, incarceration in Indian military camp, rape, orders to report periodically after release, anonymous warning suspected by rebels of being informant—Refugee Division finding absence of objective fear of persecution based on "inconsistencies and embellishments" in testimony relating to date of arrest, number of searches and distance to Indian camp—Board believing testimony of incarceration and sexual abuse—Inconsistencies not central to case—Board having ignored testimony as to fear of persecution for disobeying orders to report to camp, for being suspected

IMMIGRATION—Continued

informant—Documentary evidence Tamils in Sri Lanka subjected to racial hatred, human rights abuses by authorities—Only possible conclusion appellant's fear of persecution well founded—Appeal allowed, appellant declared to be Convention refugee—*Yaliniz v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1988), 7 Imm. L.R. 2(d) 163 (F.C.A.), applied.

MAHATHMASSEELAN v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-555-90, Desjardins J.A., judgment dated 4/11/91, 10 pp.)

Appeal from decision of Refugee Division finding absence of basis for appellant's claim—Decision not vitiated by errors warranting Court's intervention—Members of Board could not be persuaded of credibility of claimant's account overall—Finding made strictly from assessment of testimony and evidence given before it—Such finding could only be held unacceptable if appeared to be made in capricious manner—Appeal dismissed.

MANSOUR v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-654-90, Marceau J.A., judgment dated 5/12/91, 2 pp.)

Appeal from decision of Refugee Division dismissing appellant's refugee status claim—Appeal dismissed (Desjardins J.A. dissenting)—*Per* Marceau J.A.: Board held not possible to believe appellant would still have problems solely because of comments she had made in 1977—Court cannot set aside finding, as not able to say made in perverse or capricious manner—*Per* Desjardins J.A., dissenting: Appeal should be allowed—By describing criticism expressed by claimant in 1977 as "simple conversations", Refugee Division substituted own assessment of gravity of claimant's activities for that perceived by agent of government in Haiti in 1977—Ignored documentary evidence indicating all sorts of abuses of authority committed by members of military who are Macoutes and still active in country, despite end of Duvalier regime—Given absence of real change in country, Refugee Division could not find fear expressed by claimant because of activities which took place in 1977 not objectively well founded.

JOCELYN v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-821-90, Marceau J.A., Desjardins J.A. dissenting, judgment dated 5/12/91, 5 pp.)

In considering credibility of refugee status claim, first instance tribunal must consider proof of "changed circumstances" in claimant's country of origin and in doing so may come to conclusion claim does not have necessary credible basis because claimant's subjective fear no longer capable of being regarded as having objective and so reasonable basis—Adjudicator and Refugee Division member did so here—They took into account decision rendered ten months earlier in relation to claimant's husband—Application dismissed.

KOCAB v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-83-91, Marceau J.A., judgment dated 15/10/91, 2 pp.)

While decision open to criticism with regard to threshold test to be applied at credible basis hearing, supportable on

IMMIGRATION—Concluded

basis of overwhelming evidence of changed circumstances in Fiji at time of hearing—S. 28 application dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

NAIKER V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-409-91, Hugessen J.A., judgment dated 9/12/91, 1 p.)

INCOME TAX**INCOME CALCULATION***Capital Gains*

Appeal from Trial Division judgment ([1990] 2 C.T.C. 324 (F.C.T.D.)) upholding refusal by Minister to consider damages of \$1,320,000 awarded by Alberta Court of Queen's Bench as being part of "cost to tax payer" of certain shares of Canadian Hidrogas Resources Ltd.—Interpretation to be given to "cost to the taxpayer" in Income Tax Act, s. 54(a)(ii)—Trial Judge applying principle enunciated by Pratte J.A. in *The Queen v. Stirling, G.* (1985), 85 DTC 5199 (F.C.A.)—Cost of asset for purposes of capital gains computation limited to costs of acquisition of asset—Sum of \$1,320,000 paid by deceased to NIR pursuant to settlement agreement and damages awards not to be treated similarly for income tax purposes—Appellant unable to persuade Trial Judge damages awards of June 22, 1983 should be regarded as part of cost to Mr. Bodrug of Hidrogas shares—"Cost" of shares separate and distinct from liability subsequently imposed on Mr. Bodrug's estate by judgment—Damages awards not "cost" of re-acquiring Hidrogas shares—Appeal dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 54(a)(ii).

BODRUG ESTATE V. CANADA (A-785-90, Stone J.A., judgment dated 18/11/91, 9 pp.)

Deductions

Appeal against assessment—Plaintiff mining and concentrating mineral ore into iron oxide and titanium dioxide—Deriving 7.14% of revenue from further processing ferrous oxide into iron powder—Whether plaintiff's income derived entirely from "manufacture or production" within Act, s. 125.1(3)(b)(x)—Whether "manufactured or produced" having ordinary meaning or corresponding to definition of "manufacturing or processing" in same paragraph—Language of provision read in whole context—Specific statutory definition of term prevailing over ordinary meaning—Appeal dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 125.1(3)(b)(x) (as enacted by S.C. 1973-74, c. 29, s. 1).

QIT-FER ET TITANE INC. V. CANADA (T-2196-86, Rouleau J., judgment dated 9/12/91, 9 pp.)

Appeal from trial judgment [[1989] 2 F.C. D-4] holding collections of ancient textiles "gifts" to Royal Ontario Museum (ROM) so as to qualify as deductions under Income Tax Act, s. 110(1)(b.1)—Taxpayer paying \$67,500 for Abemayor Collection and \$12,000 for Wilkinson Collection—Owner of Abemayor collection signing document transferring title to

INCOME TAX—Continued

ROM—Trial Judge holding as taxpayer having title to collections and in legal position to donate them, existence of document purporting to pass title from previous owner irrelevant—Accepting average of evaluations of each collection as fair market value so that Abemayor Collection valued at \$496,175 and Wilkinson Collection valued at \$229,437—In tax law, form matters—Evidence of subjective intention cannot be used to "correct" documents which clearly point in particular direction—Trial Judge erred in failing to appreciate importance of "document purporting to pass title" which legally transferred title of Abemayor Collection to ROM, not to taxpayer—Argument of taxpayer sale document merely disclaimer not borne out by its language—Other documentation i.e. written offer to sell, customs documents, letters from Chairman of ROM and Mrs. Abemayor, made before or at time of sale supporting characterization—As no transfer document to ROM existing for Wilkinson Collection, Trial Judge incorrectly holding transactions similar, but characterization of Wilkinson Collection correct—Loan documentation and gift forms prepared later by ROM of no legal effect—Taxpayer gave money to ROM with which it acquired Abemayor Collection, but gave Wilkinson Collection to ROM—Crown argued Trial Judge erred in accepting evaluations as not considering price actually paid for textiles—No basis for interfering with Trial Judge's finding of fact on this issue—Trial Judge also allowing as deductions business losses arising out of trading in gold futures—To calculate personal income tax liability, taxpayer employing method of accounting called "lower of cost or market method"—Gain in trading recognized as income when closed out and sold, whereas unrealized loss immediately accounted for and debited from income—In each taxation year under appeal, taxpayer closing out losing legs on spread positions but deferred closing out those showing profit until after end of taxation year—Crown arguing accounting method used to record losses not best one—Under "mark to market method" would have had to include both losses and gains immediately—Although this method required in U.S., no such law in Canada—Canadian law permitting taxpayers to calculate income in accordance with generally accepted accounting principles—Key issue whether appropriate to business and whether tells truth about taxpayer's income—Court may accept opinion of accounting experts system accepted and appropriate to taxpayer's business—As evidence before Court permitting Trial Judge's conclusion appropriate for plaintiff to choose either accounting method, no error in law—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 110(1)(b.1) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 50, s. 50), 245.

FRIEDBERG V. CANADA (A-65-89, Linden J.A., judgment dated 5/12/91, 15 pp.)

Income or Capital Gain

Appeal from Trial Division judgment [[1989] 2 F.C. D-4] finding payment received to release payer from further obligations under contract for supply of waste oil income—Compensation for lost income—Impossible to conclude Trial Judge overlooked or misapprehended evidence or drew palpably wrong inferences—Appeal dismissed.

SCHOFIELD OIL LTD. V. CANADA (A-89-89, Hugessen J.A., judgment dated 29/10/91, 2 pp.)

INCOME TAX—Concluded**PRACTICE**

Plaintiff claimed \$18,270.14 as tax rebate he alleged he never received—In June 1980 Revenue Canada sent notice of reassessment [*sic*] and cheque for \$18,270.14 which was cashed on July 3, 1980 and destroyed on July 11, 1986—No explanation given by plaintiff—Plaintiff at fault for procrastinating—Not easy to believe taxpayer could fail to recall receiving two cheques of over \$18,000 during same period—Did receive rebate in question and cannot claim to be reimbursed second time by Revenue Canada—Action dismissed.

KHALIL V. CANADA (T-2078-89, Dubé J., judgment dated 2/10/91, 6 pp.)

JUDICIAL REVIEW

Decision made on behalf of respondent cancelling accreditation of applicant to do inspections for Food Production and Inspection Branch of Agriculture Canada—Whether basic requirements of fairness met—Test of fairness applicable to statutory powers of decision exercised by public officer—Decision as to accreditation of considerable importance to veterinarian concerned—Important issue concerning public health and reputation of Canada with respect to cattle exports—Present proceeding not trial in court on criminal charges—Factual grounds for cancellation based upon “without prejudice” discussions between counsel—Decision relied on improperly obtained information—Decision quashed but Department entitled to hold new hearing—Not a matter necessarily to be tried before independent tribunal—Fairness requiring clear notice be given to applicant of accusation, of grounds for cancellation of accreditation and of nature and sources of information to be relied upon—Administrative proceeding involved herein—Principle of fairness flexible enough to allow temporary suspension through summary procedure and more complete examination for longer-term suspension—Implied delegation of authority within government recognized by substantial authority—Decision to quash ruling herein not taken on merits of case and not precluding Department from proceeding again with cancellation of accreditation.

MURRAY V. CANADA (MINISTER OF AGRICULTURE) (T-826-91, Strayer J., order dated 13/12/91, 11 pp.)

Appeal from denial by National Transportation Agency of application submitted to it by City of Montréal—Following development of certain areas imposed by Act to amend the Charter of the City of Montreal, City applied for permission to build tunnel and overpass—Canadian Pacific Ltd. objected to application—After various meetings between parties concerned, counsel for City wrote Agency on July 21, 1989 to inform it their client refused to have preliminary studies on construction of street in trench prepared—Less than one month later, City asked Agency to hear application made in June 1986—Agency did not answer City's letters but made decision dismissing City's application—Later argued *audi alteram partem* rule not observed—Situation in 1989 different from that in 1987—Agency had no valid reason for refusing City

JUDICIAL REVIEW—Concluded

opportunity to add to observations already made—Tribunal cannot refuse to hear observations party wishes to make unless such observations late or clearly frivolous—Appeal allowed.

MONTRÉAL (CITY) V. CANADA (NATIONAL TRANSPORTATION AGENCY) (A-318-90, Pratte J.A., judgment dated 9/12/91, 5 pp.)

S. 28 application having no real purpose and facts pleaded and put before Court did not in any way lead to remedy sought—Judge in question refused to intervene to interpret provision of collective agreement covering parties, arguing he was *functus officio*—Not decision affecting rights of parties, still less decision which could have been subject to judicial or quasi-judicial process within meaning of s. 28—Application dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

CANADA POST CORP. V. CANADIAN UNION OF POSTAL WORKERS (A-803-90, Marceau J.A., judgment dated 17/10/91, 2 pp.)

PREROGATIVE WRITS

Application for *certiorari* and *mandamus* from decision of respondent Commission—According to Supreme Court judgment in *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879, such decision not one required to be made on judicial or quasi-judicial basis—Purely administrative decision fully subject to judicial review—Complete investigation report given to applicant before made comments to Commission—Rules of procedural fairness as defined in aforementioned case duly observed—Absence of reasons for Commission's decision no more breach of procedural fairness than of Act—As administrative body acted fairly in procedural terms, applicant's action without foundation.

MERCIER V. CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) (T-1742-92, Pinard J., order dated 4/10/91, 8 pp.)

MARITIME LAW**CONTRACTS**

Action to set aside pilot boat service contract concluded between defendants on April 6, 1988—Plaintiff argued essentially Pilotage Act does not in any way confer on defendant Laurential Pilotage Authority (LPA) power to award contract for transportation of pilots and apprentice pilots who are not its employees—Until March 17, 1988 plaintiff operated pilot boat service and related services in Port of Québec—LPA concluded service contracts with plaintiff, last one dated March 18, 1985 and renewed to spring 1988—After requesting bids for pilot boat service in Port of Québec LPA decided in March 1988 to award contract to lowest bidder, defendant Croisières Navimar Inc.—Plaintiff at once ceased all activities—Power to contract mentioned in Pilotage Act s. 19(1) clearly subject to condition goods or services subject of contract to be for Authority's use—Interpretation quite consistent with maintenance of private contractor status of pilot intended by Act, s.

MARITIME LAW—Continued

15(2)—Authority cannot buy or lease pilot boat service for use of corporation of pilots who are private contractors—Neither Pilotage Act nor Regulations adopted thereunder authorized LPA to award pilot boat service contract to Croisières Navimar Inc.—Action allowed setting aside said contract but dismissed as to disclosure, rendering of accounts and damages claimed by plaintiff—Pilotage Act, R.S.C., 1985, c. T-14, ss. 18, 19(1).

SAM VÉZINA INC. V. LAURENTIAN PILOTAGE AUTHORITY (T-663-88, Pinard J., judgment dated 1/11/91, 14 pp.)

Action for damages for breach of oral agreement (1) under which plaintiff to be included as fishing vessel crew member during 1987 herring fishery and (2) defendant skipper would properly and seriously pursue 1987 salmon fishery—During 1986 halibut and salmon fisheries plaintiff worked on defendant vessel—Agreements in fisheries normally informal, oral—Frequent discussions between crew and skipper about upcoming (1987) season during which skipper promised plaintiff job on herring fishery—Plaintiff worked for defendant in 1987 salmon fishery, and in 1988 herring fishery but left vessel when skipper failed to return from Vancouver to bring vessel home when replacement skipper abandoned vessel—Defendant denying agreement and counterclaiming plaintiff breached contract requiring him to serve entire season—Ordinary rules of contract apply—Require clear agreement on all essential terms—Question of whether binding oral agreement depending upon circumstances of each case—Oral agreement plaintiff would be hired for 1987 herring fishery breached when skipper hired more experienced crew member—Damages fixed at \$6,000—No oral agreement to prosecute fishing venture with serious effort—Plaintiff opted to go on salmon fishery although knew skipper disliked salmon fishing, had already earned good money in herring and halibut fishery, and undergoing personal problems—Although salmon fishery financial loss for plaintiff, should have foreseen it—Commercial fisherman expected to stay for whole fishery, including preparation of vessel, fishing and cleaning, clearing and possibly painting or scraping vessel—Failure to do so considered breach, unless extenuating circumstances as here—Skipper obliged to return to vessel or retain another skipper when replacement left—Failure to do so breach entitling plaintiff to go home.

LUNDBERG V. MANITOU III (THE) (T-2180-88, Cullen J., judgment dated 19/12/91, 26 pp.)

PRACTICE

Appeal and cross-appeal from Trial Division decision ((1990), 38 F.T.R. 299) maintaining respondents' action and ordering proceeds of sale of ship *Vancouver Fireboat No. 2* be apportioned between parties—No error by Trial Judge in deciding corporate appellant agreeing in October 1989 to sell ship to respondents for \$180,000—Appeal dismissed—Cross-appeal contesting allowance to corporate appellant of sale costs of \$5,500 and costs of action—Appellant company entitled to be reimbursed of sale costs incurred for sole benefit of respondents—Respondents' challenge of part of judgment denying costs of action well

MARITIME LAW—Continued

founded—Costs cannot, without reason, be awarded against successful litigant—Cross-appeal allowed in part.

MARK FISHING CO. V. VANCOUVER FIREBOAT NO. 2 (THE), (A-1036-90, judgment dated 13/11/91, 4 pp.)

TORTS

Action for damages for loss of barge and cargo, freight, towing and surveyor's fees paid—Defendant contracting to tow barge from Nova Scotia to Florida—Before leaving, tug master and defendant's planning/shore engineer discovering 300 tons of water in forward port compartment—Plaintiffs authorizing defendant to engage company to effect repairs—Three days into tow barge capsized and sank—Plaintiffs claiming loss caused by defendant's failure to safely and properly repair—Defendant denying agreed to assume responsibility to ensure barge seaworthy—Relying on implied term of towing contract plaintiff warranted barge seaworthy—Contending vessel unseaworthy, overloaded; plaintiffs breached towing contract by failing to produce seaworthiness certificate; even if certificate requirement waived, barge owners having fundamental obligation to provide seaworthy vessel—Capsizing caused by instability created by water sloshing inside hold—Water gradually entering no. 1 port hold due probably to leaking valve on sea chest and possibly another rupture of pipe leading from it—Defendant undertaking, whether as result of verbal agreement or matter of customer relations, to arrange repairs—No representative of plaintiffs present—Plaintiffs entitled to rely on defendant's experienced personnel, who were satisfied work done sufficient to permit tow to proceed safely—Defendant satisfied trip certificate issued by Honduran authority sufficient compliance with towing contract and not insisting on new certificate after repairs done—Even if plaintiffs obliged to provide further certificate, capsizing not caused by absence thereof i.e. speculative to assume would not have issued certificate had full survey been conducted—Vessel not unseaworthy when tow commenced—As repair work not part of towing contract, exculpatory clause therein not applicable to repair contract—If defendant acted as plaintiffs' agent for repair work, did not exercise sufficient standard of care in carrying it out and in not determining where water coming from so would not recur—Barge valued at \$446,550 to which added costs to bring barge to Nova Scotia for tow—Cargo valued at \$427,416.03—Judgment for plaintiffs in amount of \$673,118.35 and for SDY in amount of \$427,416.03 and simple interest at 12.65% from January 14, 1981 to September 3, 1991.

ENGINE AND LEASING CO. V. ATLANTIC TOWING LTD. (T-6197-81, Walsh D.J., judgment dated 8/1/92, 87 pp.)

Collision between two boats on Lac des Deux Montagnes—Lake calm and visibility and navigational conditions excellent at time of accident—Contradictory versions of facts—Special significance of deposition of witness Leblanc as only person who saw plaintiff's launch before accident—Neither of two boats involved in accident altered course after Leblanc saw them—Two boats must have been going at same speed—Not possible to speak of "overtaking" within meaning of Small Vessels Regulations, s. 59—Plaintiff and defendant

MARITIME LAW—Concluded

both at fault for not seeing what could have been seen—Their lack of attention and vigilance impose on them equal share of liability—Plaintiff seriously injured by accident and suffered very painful injuries in view of advanced age—Medical practice virtually ended—Entitled to half damages as established by Court—Small Vessels Regulations, C.R.C., c. 1487, s. 59.

BOILEAU V. CHARLEBOIS (T-2498-87, Pinard J., judgment dated 24/7/91, 14 pp.)

PAROLE

Appeal from order granting *certiorari* to quash Parole Board decision revoking parole—Notice of revocation having cited breach of condition to abstain from alcohol—Board at hearing focusing on suspected criminal activity—Pending charges later withdrawn—Board reaffirming revocation—Whether Trial Judge erred in granting *certiorari*—Conclusion open to trial court on record—Appeal dismissed.

CARDINAL V. CANADA (NATIONAL PAROLE BOARD) (A-815-90, Heald J.A., judgment dated 24/10/91, 1 p.)

PATENTS**INFRINGEMENT**

Raychem Corp. owner of patent relating to simple, inexpensive method of elasticizing portions of disposable garments (i.e. waistband of disposable diapers)—Procter & Gamble exclusive licensee—Action for infringement based on manufacture and sale in Canada by defendant from April/May 1986 to January 1991 of “Huggies” disposable diapers using either Pebax or Coban in waistband—Defendant denying infringement, attacking validity of patent based on obviousness, failure to name co-inventor, and submitting plaintiffs estopped from claiming relief under patent based on abuse of dominant position provisions of Competition Act—Invention essentially attaching heat-recoverable material to fabric and heating material to cause it to gather fabric and become elastic—Invention also directed to garment made from such gathered elasticized fabric—Heat-recoverable material itself, type of fabric, means of attachment, garment, not part of invention—Review of principles relating to construction of patents—Who is “person skilled in the art”; meaning of “heat recoverable”—Garment maker with basic knowledge of chemistry of heat shrinkable elastics person skilled in art capable of putting patent in practice—Heat-recoverable meaning returns to original configuration on application of heat—Two tests for infringement (1) determine whether literal or textual infringement and if not, whether taking of substance (or pith and marrow) of claimed invention and (2) purposive construction) essentially same—Question not whether variant essential in particular application, but whether essential to invention as contemplated i.e. not whether heat recoverability essential element for diaper, but whether essential to invention—Inventor intended heat recoverability to be essential feature of invention—As Coban not heat recoverable (does not return to original configuration

PATENTS—Continued

on application of heat) not within patent claims and not infringing patent—Inventor not intending to include materials such as Coban, which are different from materials contemplated by inventor, in patent—*Prima facie* presumption of validity of registered patent—Onus on defendant to prove on balance of probabilities invalidity—Tests to determine anticipation—Review of earlier patents disclosing patent claims not anticipated—Invention not obvious based on general knowledge—Invention displaying requisite scintilla of inventive ingenuity—Defendant submitting failure to name co-inventor material untrue statement invalidating patent—Alleged co-inventor identifying elasticization problem and Raychem technology as potential source of solution—Not act of invention—No co-inventor and no untrue statement—No evidence supporting allegation of abuse of dominant position—Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4, ss. 28(1)(b), 47—Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, ss. 78 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45), 79 (as enacted *idem*).

PROCTER & GAMBLE CO. V. KIMBERLEY-CLARK OF CANADA LTD. (T-1493-86, Teitelbaum J., judgment dated 13/12/91, 57 pp.)

Application for interlocutory injunction restraining defendants from using, manufacturing and selling subsea cased silo system referred to by defendants as “Tornado Drill system”—Plaintiff owning Canadian letters patent for Hyperborer system, relating to apparatus and method of sinking and installation of open-ended protective subsea silo—Canadian regulations requiring certain oil and gas wellhead equipment to be sunk below ocean floor to protect it from damage from passing icebergs—Old practice to dig large, unretained depression in seabed called “gloryhole”, at base of which wellhead equipment installed—Using Hyperborer system, open-ended silo (referred to as “retained gloryholes”) buried in seabed—Tornado Drill allegedly infringing apparatus—Interlocutory injunction exceptional remedy: *American Cyanamid Co v Ethicon Ltd*, [1975] 1 All ER 504 (H.L.)—Principles enunciated therein adopted by Federal Court of Appeal in *Turbo Resources Ltd. v. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 F.C. 451 and *Syntex Inc. v. Novopharm Ltd.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 129 (F.C.A.)—Patent infringement serious issue to be tried—Neither plaintiff nor defendant at risk of incurring irreparable harm if injunction granted or not—Burden of establishing irreparable harm on plaintiff—Evidence supporting allegation must be clear and not rest on conjecture—Difficult to accept argument defendant’s activities preventing plaintiff from entering marketplace when plaintiff not having commercial machine ready for use—Lack of machine ready to use more likely responsible for inability to enter market, given short drilling season in Beaufort due to extreme weather conditions and danger of floating icebergs—Similarly injunction would not put defendants out of business—Would not prevent defendants from selling technology to foreign companies—Neither recent installations of subsea silos nor expectation of requests for tender for this kind of work in near future—As to balance of convenience, if factors appear balanced, should maintain *status quo*—According to registration dates plaintiff initial developer of technology, but defendants first user thereof—As neither party establishing threat of irreparable harm, application perhaps premature—Difficult to jus-

PATENTS—Concluded

tify disturbing *status quo*—Both parties confirming joint submission for trial dates in very near future—Application dismissed.

LME PETROSCOPE LTD. v. MACGREGOR (T-3195-90, Rouleau J., order dated 4/11/91, 8 pp.)

PRACTICE

Motion to strike—Appeal from decision of Senior Prothonotary refusing to strike certain paragraphs of statement of claim—Discretion exercised neither on wrong principle of law nor misapprehension of facts—Not plain and obvious impugned paragraphs frivolous or abuse of process—Plaintiffs may still have valid claim for profit or damages against this defendant even if already obtained judgment against defendant Tye-Sil in another action—Recovery against importer/manufacture not precluding recovery against purchaser/user of same infringing patent—Although plaintiff may not have both profits and damages against same defendant, may against different parties: *Toronto Auer Light Co., Ltd., et al. v. Colling* (1898), 31 O.R. 18 (Div. Ct.)—Appeal dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419(1)(c), (f).

DIVERSIFIED PRODUCTS CORP. v. CONSUMERS DISTRIBUTING Co. (T-2342-86, Dubé J., order dated 4/11/91, 2 pp.)

PRACTICE**COSTS**

Taxation of costs in patent matter—Court determining, October 30, 1989, patent valid, not infringed, and providing costs be argued later—Court awarding defendants costs February 27, 1990—Bill of costs supported by affidavit on information and belief—Whether taxation interlocutory or final—Both judgments constituting final judgment within Federal Court Act, s. 2—Taxation essentially administrative process: *M.N.R. v. Bethlehem Copper Corp. Ltd.*, [1977] 1 F.C. 577—No Rule 332(1) requirement affidavit be limited to personal knowledge—Bill claiming telephone calls (\$3,021.50) among offices in New Hampshire, Wisconsin and North Carolina, counsel in Ottawa, also courier, postage, telex, and facsimile disbursements—Parties, solicitors in various geographical locations, litigation ongoing for 9 years—Photocopying costs (\$45,459.69) including outside and in-house—Copying in-house of daily transcripts not reasonably necessary for conduct of litigation—Party must satisfy taxing officer as to both necessity of copies and cost of copying in-house: *Diversified Products Corp. v. Tye-Sil Corp.*, [1991] 1 F.C. D-22 (T.D.)—Computer search charges allowed with exception of QL Database, being part of overhead of law firm—Bill including \$8,566.67 for travel and living, invoices for only \$1,820.91—Not essential all items be proven by receipt, but some evidence required—Client entertainment not chargeable to unsuccessful party—Travel and living allowed at \$1,820.91—Disbursement for recovery of file from storage

PRACTICE—Continued

disallowed—Bill of costs, presented at \$152,253.26, taxed and allowed at \$83,788.23—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 2—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 332(1).

NEKOOSA PACKAGING CORP. v. AMCA INTERNATIONAL LTD. (T-1848-82, Cousineau T.O., taxation dated 13/11/91, 14 pp.)

Taxation of costs of defendant Canadian Pacific Forest Products Limited (CPFPL)—Directions given by order of Cullen J.—Taxation of costs interlocutory in nature, not part of final judgment between parties—Certain items on fees consented to at taxation and allowed—Others allowed in part—Disbursements including long distance/telephone, telecopier/telex, courier, photocopies/photographs, copies of patents, travel and meals—Dividing line between preparation of case and preparation for trial found in Federal Court Rules, R. 485—Not all of travel accounts allowable in accordance with Court directions—Meals account disallowed in total—Item of travel and meals allowed at \$7,957.36—Bill of costs of defendant CPFPL taxed and allowed at \$28,708.16—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 332(1), 346.1(2), 485.

NEKOOSA PACKAGING CORP. v. AMCA INTERNATIONAL LTD. (T-1848-82, Cousineau T.O., taxation dated 20/11/91, 11 pp.)

Taxation of defendant's bill of costs—Action for breach of contract for janitorial services at Canadian Forces Base, Calgary commenced in 1984—Application to strike statement of claim for want of prosecution allowed in 1986 and costs fixed—Appeal allowed with costs in cause—Defendant bringing three more motions to dismiss for want of prosecution—On each occasion order issued on consent requiring plaintiff to comply with undertakings, but silent as to costs—As result of unilateral application for time and place for trial filed by defendant, counsel directed to appear at regular motions day to speak to application, and joint application for time and place for trial filed—Following pre-trial conference, order setting trial down for hearing issued—As result of oral application during pre-trial conference, order issued granting leave to examine Dennis L. Stuckless, *de bene esse*—Plaintiff notifying Registry by letter trial cancelled—Notice of discontinuance filed four months later—Fees claimed under Tariff B, items 1(1)(a), (b) and (c) consented to—\$450 claimed for preparation of six motions in writing with no Court appearance (Tariff B, item 1(1)(f)) taxed off as Court not having exercised discretion under R. 344—\$1,000 for four days' preparation for eight-day trial (item 1(1)(h)) also taxed off as tariff requires actual trial before costs taxed, even though good deal of preparation required for trial of length contemplated and involving large number of witnesses—Photocopying charges billed at rate of \$0.25 to \$0.30 per page reduced by \$0.05 per page to reflect amount charged for maintenance and overhead—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 344 (as am. by SOR/87-221, s. 2), 345, 406, Tariff B (as am. *idem*, s. 8).

PACIFIC BUILDING MAINTENANCE LTD. v. CANADA (T-448-84, Splane T.O., taxation dated 20/12/91, 6 pp.)

PRACTICE—Continued

DISCOVERY

Production of Documents

Application for order requiring production of survey reports re: alleged damages to cargo—Goods delivered in India “with shortage and damaged by saltwater”—Survey reports prepared as result of damages—Parties must produce survey reports unless can show report privileged i.e. prepared “for the purpose of being laid before a solicitor or counsel for the purpose of obtaining his advice” and for purpose of existing or contemplated litigation—Onus on party claiming privilege to show dominant purpose of preparation of survey report in respect of litigation and “reasonable expectation of litigation”—Only after all attempts at settlement failed is there reasonable expectation of litigation—Evidence indicating survey reports not prepared in contemplation of litigation—As prepared in “ordinary course” of cargo damage claims soon after discharge of cargo, not privileged—All survey reports ordered produced.

BHADRACHALAM PAPERBOARDS LTD. v. PHILIPPINE VICTORY (THE) (T-1604-89, T-2936-89, T-258-90, Teitelbaum J., order dated 26/11/91, 6 pp.)

DISMISSAL OF PROCEEDINGS

Want of Prosecution

Two applications in action at bar—Defendant’s motion to dismiss action for want of prosecution pursuant to R. 440(1)—Error occurred in list of documents filed by plaintiff—Error resulted in exchange of correspondence between plaintiff and Registrar lasting nearly four years—Plaintiff acted in good faith and at all times intended to proceed with action—Also demonstrated caution—Procedure should be expedited, preliminaries completed and date set for hearing within shortest possible time—Plaintiff asked defence be struck out pursuant to R. 460(1)—Did not mention which of provisions infringed by defendant and did not mention order as required by R. 460—Application dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 440(1), 460(1).

DUVAL v. CANADA (T-1-85, Joyal J., order dated 29/10/91, 5 pp.)

JUDGMENTS AND ORDERS

Reversal or Variation

Application to set aside judgment dismissing, for delay, appeal from determination by Refugee Division—Leave to appeal granted June 14, 1990—Notice of appeal filed August 17, 1990—Appeal Book filed and transmitted to appellants’ counsel on May 3, 1991—Respondent’s solicitors writing June 10 and July 10, telephoning July 6, to request memorandum of argument—Respondent’s solicitors sending notice of intention to move for dismissal October 1, 1991—Judgment issued October 25, 1990—Appellant’s counsel deposing unaware of time for responding to notice of motion, expecting would take longer for application to be heard, busy with trial—Respondent consenting to motion to set aside—Averments not pertinent to application under Rule 337(5)(b)—Not matters which should

PRACTICE—Continued

have been dealt with by Court—Respondent’s consent not conferring jurisdiction—Application dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 337(5)(b), 1308.

AL HADDAD v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-961-90, Mahoney J.A., order dated 6/12/91, 4 pp.)

LIMITATION OF ACTIONS

Appeal from order of Senior Prothonotary dismissing defendant’s application for order to strike plaintiff’s pleadings and dismiss action as statute barred—Plaintiff’s action appeal from decision by MNR dated June 6, 1989 pursuant to Customs Act, s. 131(1)—Act, s. 135(1) requires appeal to Federal Court be brought within ninety days after being notified of Ministerial decision—Action statute barred on very face of statement of claim—Brought over ninety days after Ministerial decision of June 6, 1989 communicated—Deadline in s. 135(1) strict deadline—Appeal allowed—Customs Act, R.S.C., 1985, c. C-52.6, ss. 131(1), 135(1).

MIUCCI v. CANADA (T-348-91, Pinard J., judgment dated 1/11/91, 3 pp.)

PLEADINGS

Motion to Strike

Claim for payment pursuant to petroleum incentives program—Defendant raising, in argument, possibility of review of ministerial handling of application under program—Statement of claim averring debt owing by Crown arising out of facts and law—Positions of fact and law proper subject of dispute to be aired at trial.

EXCO ENERGY LTD. (TRUSTEE OF) v. CANADA (MINISTER OF ENERGY, MINES AND RESOURCES) (T-808-86, Jerome A.C.J., judgment dated 25/6/91, 3 pp.)

Statement of claim for (1) failure to disclose reasonable cause of action, (2) frivolous or vexatious, or (3) beyond Court’s jurisdiction—Statement of claim alleging breach of contractual commitment to appoint plaintiff to position of Defence Scientist Level III—(1) Confined to facts stated in statement of claim and to propositions of law on motion based on this ground—Relying on Public Service Employment Act, s. 24 providing employee’s tenure “during pleasure”—Although s. 24 precluding action for damages for wrongful dismissal, case not involving wrongful dismissal—Defendant also submitting Public Service Employment Act and Public Service Staff Relations Act providing other remedies for public servants who assert denial of rights under contract of employment—Unclear from statement of claim whether procedures applicable to plaintiff’s complaints—Cannot rely on affidavits to clarify application—(2) Claim not patently absurd—(3) Affidavit evidence not establishing Court lacking jurisdiction over claim and therefore abuse of process—Defendant alleging plaintiff public servant entitled to file grievance—Plaintiff denying was employee at critical time—Defendant not demonstrating how Court would lose jurisdiction even if grievance procedure available as cases relied upon involving issue of whether Court could entertain

PRACTICE—Continued

wrongful dismissal action in face of s. 24—As plaintiff raising issues of fact, and perhaps of law, not readily determinable at this interlocutory stage, inadvisable for Court to conclude lacking jurisdiction—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 24—Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419.

SHILOFF V. CANADA (T-2797-89, Strayer J., order dated 2/1/92, 4 pp.)

Statement of claim—Tax Court quashing appeals from assessments for 1986, 1987 and 1988 on May 29, 1989—Plaintiff filing document entitled statement of claim appealing those assessments August 2, 1989—Defendant arguing document defective and therefore plaintiff prescribed from proceeding further—Pleading limitations alone as defence insufficient grounds to strike cause of action: *Kibale v. Canada* (1990), 123 N.R. 153 (F.C.A.)—Limitations mere procedural defence—No obligation on plaintiff to allege all facts to indicate action taken within limitation period in statement of claim—May wait for defendant's pleadings and provide answers to offset alleged defence of prescription—Trial Judge should determine whether document dated August 2, 1989 sufficient notice to maintain standing—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419.

KARLSSON V. M.N.R. (T-1267-91, Rouleau J., order dated 28/10/91, 2 pp.)

Appeal from judgment of Trial Division ([1991] 2 F.C. 18) allowing appeal from order of Senior Prothonotary striking out certain paragraphs of plaintiffs' statement of claim—Trial Judge did not err in refusing to consider claims in action, as clearly devoid of any basis, and so permitting action to proceed—Appeal dismissed.

DEER V. MOHAWK COUNCIL OF KAHNAWAKE (A-1040-90, Marceau J.A., judgment dated 4/12/91, 1 p.)

PRELIMINARY DETERMINATION OF QUESTION OF LAW

Trade marks case starting with originating motion by Tribro for order striking out trade mark registration "Embassy Suites" owned by respondent—Only issue whether motion to rescind *ex parte* order of Pinard J. extending time for Tribro to file evidence interlocutory motion under R. 332(1)—If motion successful, Tribro's originating motion clearly doomed—If not, originating motion might ultimately succeed—Said motion not revealing substance or being frivolous or vexatious—Case law and dictionary definitions reviewed—Present motion neither interlocutory motion nor originating motion—Clearly perceivable proceeding whose characteristic not formally defined in Act or Rules—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 332(1).

TRIBRO INVESTMENTS LTD. V. EMBASSY SUITES, INC. (T-2150-90, Muldoon J., determination dated 18/12/91, 14 pp.)

SERVICE

Motion for reconsideration of order on grounds matter overlooked—Applicant/defendant's counsel having argued

PRACTICE—Concluded

earlier order for service *ex-juris* void for failure to specify time limit for filing defence—Mandatory requirement to set out time limit—Positive obligation on counsel applying for service *ex-juris* to direct attention of motions judge to requirement—Proceeding not to be defeated by merely formal objection—Grounds for objection to be set out in notice of motion—Applicant not having set out objection based on time limit—Motion dismissed—*All Transport Inc. et al. v. Vessel "Rumba" et al.* (1980), 112 D.L.R. (3d) 309 (F.C.T.C.) distd.—Federal Court Rules, C.R.C., c. 363, RR. 302(a),(d), 307(2), 337(5)(b).

KLOCKNER NAMASCO CORP. V. FEDERAL HUDSON (THE) (T-1025-90, T-1026-90, Denault J., order dated 30/10/91, 4 pp.)

PUBLIC SERVICE**LABOUR RELATIONS**

Application to review and set aside decision of member of Public Service Staff Relations Board pursuant to Federal Court Act, s. 28—Respondent employee of Transport Canada at GS-MES-02 level—Promoted to level GS-ST5-05 from January 1987 to October 1989, but in acting capacity—In accordance with administrative directive chose to be paid in cash for leave not used in preceding year—Paid not at rate specified for acting position (GS-ST5-05) but for substantive position (GS-MES-02)—Filed grievance with Staff Relations Board, which agreed with him—Application allowed (Décary J.A. dissenting)—*Per Marceau J.A.*: Clause M-27.07 of Master Agreement has nothing to do with carry-over provisions, still less with possibility of converting leave credits beyond fifteen days into cash—Interpretation given to word "*rémunération*" as used in clause M-27.07 seems to be going too far—Distorts meaning of word to include in it possibility of converting unused leave to cash, something in no way a right—Only clause 14.12(b) of Specific Agreement governs calculation of compensation to which respondent entitled for leave credits, and must take salary of substantive position as base—*Per Décary J.A.* (dissenting): Application should be dismissed—When employer agrees to pay leave in cash this "payment in cash" takes place of paid leave and so of pay—Acting employee treated as if held substantive position—Respondent paid on March 31 of previous year at rate determined for level GS-ST5-05 position—GS-ST5-05 rate should have been applied when respondent paid in cash in lieu of paid leave.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. DUPUIS (A-497-90, Marceau J.A., Décary J.A. dissenting, judgment dated 10/12/91, 12 pp.)

Application for judicial review of PSSRB decision rejecting reference made by applicant—Master Collective Agreement providing, when new classification standard established for group, employer to negotiate rates of pay—Employer revising, after five years' development, classification standard of PM group—Board concluding not new classification

PUBLIC SERVICE—Concluded

standard—Application dismissed—Board having decided question remitted—Evidence impact of revision minimal.

PUBLIC SERVICE ALLIANCE OF CANADA v. CANADA (TREASURY BOARD), (A-189-91, Hugessen J.A., judgment dated 17/12/91, 3 pp.)

PUBLIC WORKS

Application for *certiorari*, prohibition and *mandamus* against decision not to award construction contract to applicant—Contract for major renovations, worth \$10,000,000 plus, to Montréal office building—Applicant tendering lowest of 12 bids—Respondent's employees, project architect, forming negative view of ability to carry out work on time and within budget—Respondent deciding to award to second lowest bidder—Whether fairness requiring applicant be invited to respond to negative evaluation—Application dismissed—Respondent acting on information supplied by applicant, not confidential informant: *R v Gaming Board for Great Britain, ex parte Benaim*, [1970] 2 All ER 528 (C.A.), distinguished—Respondent having attempted to obtain necessary additional information from applicant—Not practical to inform tenderer of pending negative decision, await reply, reassess.

CEGECO CONSTRUCTION LTÉE v. CANADA (PUBLIC WORKS) (T-2733-91, Teitelbaum J., order dated 19/11/91, 14 pp.)

TRADE MARKS**INFRINGEMENT**

Application for interlocutory injunction—Plaintiff registered owner of trademark "The Nutman" selling nuts, chocolates, pastries, etc.—Alleging defendants visiting plaintiff's customers to sell nearly identically packaged products under label "The Nut Guys" and calling selves "Nutman", "Your Nutman" or "Nut Guys"—Whether confusing—One of personal defendants previously with plaintiff company—Appearing to copy plaintiff's packaging, sales procedures and methodology so confusion bound to result—Plaintiff having dominant place in market, defendants newcomers—Loss to defendants more capable of accurate calculation—Injunction granted.

NUTMAN CO. v. MAGIC AFTERBURNERS INC. (T-1519, Jerome A.C.J., order dated 6/11/90, 5 pp.)

REGISTRATION

Appeal from refusal to register appellant's application for trade mark "G*" and Design for use in association with furniture fittings and furniture feet—Application based on Trade Marks Act, s. 16(2), use and registration of wares in Austria—Respondent, owner of registered trade mark (also stylized design version of G) for use in association with metal drawer slides, opposing registration based on confusion, lack of distinctiveness—Given similarities of wares, trades and marks of parties, Registrar concluding appellant not discharg-

TRADE MARKS—Concluded

ing burden to establish marks not confusing—Holding both marks inherently distinctive, but to extent both marks comprise letter, neither inherently strong; respondent's mark known to some extent in Canada; length of use favouring respondent; wares similar as both part of fittings for furniture; high degree of visual resemblance—Onus on appellant to establish Registrar wrong—Appeal allowed—Registrar correctly holding both marks weak, but erred in holding both marks inherently distinctive—Weak marks entitled to narrow ambit of protection—Single trader should not be entitled to obtain exclusive property rights over letter or combination of letters of alphabet which happen to be initials of that particular trader to detriment of other traders who may have same initials: *GSW Ltd. v. Great West Steel Industries Ltd. et al.* (1975), 22 C.P.R. (2d) 154 (F.C.T.D.)—Also apparently overlooking application to register based on s. 16(2)—Also erred in finding confusion—Respondent's mark on boxes containing merchandise, but not used on wares or on its own—No confusion as ultimate consumer not seeing mark on wares, and if seeing mark on carton or in advertising, always accompanied by "GRANT", followed by Grant Hardware Company and address—As numerous trade mark registrations incorporating or consisting of letter "G", less protection afforded—Trade Marks Act, R.S.C. 1970, c. T-10, ss. 2, 4, 6(2), (5), 12(1)(d), 16(2), 56.

ALFRED GRASS GESELLSCHAFT M.B.H. v. GRANT INDUSTRIES INC. (T-185-89, Cullen J., judgment dated 7/10/91, 16 pp.)

TRANSPORTATION

Appeal from grant of interlocutory injunction enjoining Toronto Harbour Commissioners from imposing passenger user fee of \$1.50 per passenger payable by airlines at Toronto Island Airport—1911 The Toronto Harbour Commissioners' Act giving Commissioners such power over real estate as necessary for "management, development and control of property"—Although s. 21 empowering Commissioners to make by-laws imposing tolls on aircraft, Commissioners relying on common law right as owner and operator of airport instead of passing by-law—Motions Judge holding Commissioners could not impose passenger user fee without by-law—Appeal allowed—*Per Marceau J.A.*: "Management", "development", "control" including imposition and collection of fees—Specific procedure outlined in s. 21 where by-law required if *erga omnes* effect (as opposed to contractual relationship) desired—Parliament not intending to limit general power of control, maintenance and operation unequivocally conferred by subjecting component as basic as ability to charge fees to such indirect and unclear language—S. 21 not requiring by-laws for exercise of all powers referred to therein since paragraph (k) apparently including all aspects of harbour operations and would require by-law anytime Commissioners making decision—Commissioners had requisite statutory authority to impose fees—No serious issue to be tried as question strictly one of statutory construction—*Per Hugessen J.A.*: On application for interlocutory injunction, Court should inquire no further into merits of plaintiff's case than to determine serious issue to be tried—Motions Judge erred in attempting to finally answer extent of Commissioners' powers

TRANSPORTATION—Concluded

to impose passenger user fee other than by by-law—Injunction should have been refused, although serious issue to be tried, because both irreparable harm and balance of convenience branches of test for interlocutory injunctions favouring Commissioners—Even assuming Commissioners lacking right to impose such fees, any damages suffered by respondent compensable in money and easily calculated—*Per MacGuigan J.A.*: Better practice not to decide on merits on application for interlocutory injunction, especially on hearing with only one party in attendance, but as case argued on basis of Commissioners' power to impose fees without by-laws subject to confirmation by Governor in Council, would concur with Marceau J.A.—The Toronto Harbour Commissioner's Act, 1911, S.C. 1911, c. 26, ss. 13, 15, 16, 21—Toronto Harbour Commissioners' Act, 1985, S.C. 1986, c. 10, ss. 2, 3.

AIR ATONABEE LTD. V. TORONTO HARBOUR COMMISSIONERS (A-597-90, Marceau, Huguessen and MacGuigan J.J.A., judgment dated 8/11/91, 13 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE

S. 28 application against decision of Umpire dismissing appeal by Employment and Immigration Commission—Umpire committed two errors—First was in believing Commission not challenging decision of board of referees on ground of error of law—Second error in assuming appellant before Umpire can never rely on grounds of appeal other than those expressly set out in notice of appeal—Notice of appeal may like any other pleading be amended—Application allowed.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. GAUDET (A-131-90, Pratte J.A., judgment dated 5/11/91, 2 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE—Concluded

S. 28 application from decision of Umpire made pursuant to Unemployment Insurance Act—Allocation of salary paid to insured person during period in which eligible to claim unemployment insurance benefits—Respondent signed with University of Quebec at Chicoutimi various contracts providing for periodic salary payments—Also received unemployment insurance benefits during period—Commission informed respondent salary he received had to be allocated over weeks covered by contracts—Respondent challenged notice and Board of Referees accepted his point of view—Umpire refused to intervene on ground could not substitute own finding for Board of Referees'—Question strictly one of interpreting provisions of Unemployment Insurance Act and Regulations—Board of Referees and Umpire wrongly considered dates on which respondent had in fact given courses—Dates to be considered not those on which employee carries out duties but period in which salary payable—Decision set aside and matter referred back to Umpire—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 15(2)—Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, ss. 57(1)(a), 58(4).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. FRENETTE (A-951-90, Marceau J.A., judgment dated 8/11/91, 6 pp.)

Application for review of Umpire's decision—Umpire finding loan to be repaid by respondent by receiving smaller pension—Loan existing where obligation to repay and documentary evidence of obligation—Ample documentary evidence—Application dismissed.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. DAWLEY (A-1050-90, Linden J.A., judgment dated 19/11/91, 2 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne sont pas retenues pour publication intégrale ou abrégée dans le Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada. On peut demander une copie du texte complet de toute décision de la Cour fédérale au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

ACCÈS À L'INFORMATION

Demande d'examen de la décision de communiquer les clauses d'une convention en vue du paiement d'une subvention par le gouvernement canadien à la requérante qui exploitait un traversier entre Terre-Neuve et le Québec—Les clauses portaient sur la résiliation du contrat par le ministre des Transports—La requérante soutient que la communication risquerait vraisemblablement de lui causer des pertes financières appréciables ou de nuire à sa compétitivité en violation de l'art. 20(i)c) de la Loi sur l'accès à l'information—Il est fait mention du temps et de l'argent requis pour répondre aux critiques, qui pourraient exercer des pressions auprès du ministre pour que celui-ci résilie le contrat—Si le contrat était annulé et si la nouvelle soumission de la requérante n'était pas retenue, cette dernière devrait se retirer des affaires—Demande rejetée—La requérante n'a pas prouvé que la communication risquerait vraisemblablement de lui causer des pertes financières appréciables ou de nuire à sa compétitivité—La requérante qui invoque l'art. 20(1)c) doit prouver l'existence d'un risque vraisemblable de préjudice en cas de communication—La communication n'influe pas sur les liens juridiques entre les parties au contrat—La demande est fondée sur la proposition selon laquelle on devrait refuser de communiquer au public tout renseignement concernant le droit que possède Sa Majesté de résilier un contrat prévoyant que des dépenses publiques seront engagées en vue de la prestation d'un service public, pour le motif que le ministre exercera probablement ce droit d'une manière différente si l'existence est connue—En règle générale, pareil fondement n'est pas compatible avec l'objet de la Loi—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), chap. A-1, art. 2, 20(1)c), d), 44(1).

NORTHERN CRUISER CO. C. CANADA (T-109-90, juge Strayer, ordonnance en date du 12-9-91, 6 p.)

ANCIENS COMBATTANTS

Requête visant à faire annuler la décision par laquelle le Tribunal d'appel des anciens combattants a jugé que la requérante n'avait pas droit à une pension de veuve en vertu de la Loi sur les pensions—Le mari de la requérante, qui était membre des Forces canadiennes, a été tué pendant qu'il se rendait à bicyclette au travail—Programme d'exercices physiques prescrits par ses supérieurs suspendu—L'art. 21(2) de la Loi sur les pen-

ANCIENS COMBATTANTS—Fin

sions permet l'octroi d'une pension dans le cas des membres qui meurent de blessures se rattachant directement au service militaire—Selon l'art. 21(3), une blessure mortelle est réputée être directement rattachée au service militaire si elle survient au cours d'exercices d'éducation physique exécutés dans l'intérêt du service, quoique non autorisés ni organisés par une autorité militaire—L'art. 108 exige que la Commission tire de la preuve toute déduction raisonnable en faveur du requérant et accepte comme preuve de tout fait que le requérant est tenu d'établir toute preuve vraisemblable présentée par le requérant et non contredite et qu'en cas de doute, elle se prononce en faveur du requérant—Le Tribunal n'a pas exercé sa compétence en concluant sommairement que le membre décédé ne se livrait pas à pareille activité, sans examiner expressément la preuve qui lui aurait permis de faire une déduction favorable à la requérante—Demande accueillie—Loi sur les pensions, L.R.C. (1985), chap. P-6, art. 21(2),(3), 108—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 1408.

CHÉNIER (RE) (A-927-90, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 10-9-91, 2 p.)

ASSURANCE-CHÔMAGE

Demande fondée sur l'art. 28 en vue de l'annulation de la décision par laquelle le juge-arbitre a maintenu l'allocation des salaires des requérantes en vertu du Règlement sur l'assurance-chômage—Une prime de 800 \$ a été versée à la requérante au moment de la ratification de la nouvelle convention collective, pendant son congé de maternité—La prime était clairement une «rémunération découlant d'un emploi» dont il fallait tenir compte pour déterminer si le salaire de la requérante avait cessé d'être versé—L'art. 58(3), (18)a) du Règlement est libellé de façon à viser le passé, et non l'avenir—L'interprétation demandée par les requérantes n'est pas fondée—La conclusion de fait tirée par le conseil arbitral n'est pas erronée—Demande rejetée—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., chap. 1576, art. 58(3),(18)a).

OSTANOL C. CANADA (EMPLOI ET IMMIGRATION) (A-1105-90, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 25-9-91, 3 p.)

BREVETS**PRATIQUE**

Appel de la détermination des dommages-intérêts par l'arbitre—L'arbitre a entendu la preuve présentée par un représentant d'une société liée à la demanderesse—Question de savoir si l'arbitre a commis une erreur en ce qui concerne l'imputation des frais généraux aux coûts de production—La méthode comptable permettant de calculer les profits en litige est la méthode différentielle—Il incombe à la partie coupable de contrefaçon de prouver les coûts de production—Le témoignage de la partie intéressée n'est pas inadmissible—Seule l'électricité utilisée dans la fabrication du produit lui-même est déductible à titre de frais généraux—Les frais qui auraient été engagés indépendamment de l'opération de contrefaçon ne sont pas admissibles—L'appel de l'évaluation par l'arbitre est régi par les mêmes principes que l'appel de la décision d'un tribunal de première instance—La Cour ne devrait pas intervenir dans l'appréciation des faits en l'absence d'une erreur manifeste de droit—Appel rejeté.

HANCOR, INC. C. SYSTÈMES DE DRAINAGE MODERNES INC. (T-2126-85, juge Denault, jugement en date du 18-7-91, 8 p.)

CITOYENNETÉ**CONDITIONS DE RÉSIDENCE**

Appel du refus d'approuver la demande de citoyenneté de l'appelante par un juge de la citoyenneté—Question de savoir si les conditions de résidence énoncées à l'art. 5(1)c) de la Loi sur la citoyenneté ont été satisfaites—L'appelante est venue au Canada en 1982 sans avoir l'intention d'y résider avant d'avoir terminé ses études en Arabie Saoudite—L'appelante a conservé des liens avec le Canada pendant les quatre années qui ont précédé sa demande de citoyenneté en juillet 1988, mais elle n'y a établi aucune résidence permanente pendant cette période—L'appelante a toujours habité avec son mari et ses trois enfants au cours de ses absences du Canada—Conditions de résidence non satisfaites—Appel rejeté et décision du juge de la citoyenneté confirmée—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), chap. C-29, art. 5(1)c).

SHAW (RE) (T-840-90, juge Pinard, jugement en date du 20-9-91, 8 p.)

CONNAISSANCES REQUISES

Appel de la décision par laquelle le juge de la citoyenneté a rejeté la demande de citoyenneté de l'appelant pour le motif qu'il ne connaissait pas suffisamment le régime politique et les institutions gouvernementales du Canada—Les questions posées par le juge de la citoyenneté sont parfois trop générales—L'appelant avait du mal à comprendre certains termes et certaines notions figurant dans la documentation à étudier—Il n'a pas pu prouver qu'il connaissait suffisamment le régime politique et les institutions gouvernementales du Canada—Appel rejeté.

KOSKAY (RE) (T-3389-90, juge Reed, jugement en date du 6-9-91, 3 p.)

COALITIONS

Appel et appel incident de l'ordonnance rendue par le Tribunal de la concurrence en application de l'art. 75 de la Loi sur la concurrence, celui-ci ayant conclu que l'appelante avait refusé de traiter avec Richard Brunet—En octobre 1986, Chrysler a avisé Brunet qu'elle n'avait plus de responsabilité administrative pour exécuter des commandes en vue de l'exportation de produits Chrysler de l'Amérique du Nord et que ses obligations seraient assumées par la société mère américaine—Elle a par la suite avisé les concessionnaires que le produit qu'elle leur vendait était strictement réservé aux clients canadiens et non à l'exportation—Par la suite, elle a inclus dans les accords de concession une clause de résiliation de la franchise de tout concessionnaire qui vendait des pièces à Brunet—Appel incident concernant l'omission par le Tribunal d'ordonner à Chrysler de supprimer l'interdiction des ventes destinées à l'exportation des accords de concession—Le Tribunal a conclu qu'il n'avait pas compétence, en vertu de l'art. 75, pour rendre pareille ordonnance—Le Tribunal n'a commis aucune erreur en refusant d'exclure les pièces concurrentielles du champ d'application de l'ordonnance—L'art. 75 n'exige pas que le refus de traiter et l'incapacité qui en résulte d'obtenir un approvisionnement adéquat soient le seul élément influant sensiblement sur l'entreprise—Il suffit que la chose ait un effet sensible, quelles que soient les répercussions des autres éléments—Appel et appel incident rejetés—Loi sur le Tribunal de la concurrence, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), chap. 19, art. 13—Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), chap. C-34, art. 75 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), chap. 19, art. 45).

CHRYSLER CANADA LTÉE C. CANADA (TRIBUNAL DE LA CONCURRENCE) (A-505-89, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 19-9-91, 5 p.)

CONTRÔLE JUDICIAIRE

Demande fondée sur l'art. 28 en vue de l'examen de la décision par laquelle le tribunal d'appel des droits de la personne a confirmé la décision d'un tribunal des droits de la personne—Les intimées, qui étaient toutes des femmes, étaient employées par la requérante Radio-Canada à titre de techniciennes s'occupant du fonctionnement d'un équipement de magnétoscopie—En 1983 et en 1984, elles se sont plaintes auprès de la Commission des droits de la personne de ne pas avoir eu autant d'affectations itinérantes que les hommes ayant les mêmes qualités et la même expérience—Le tribunal initial des droits de la personne a conclu à la violation des art. 7b) et 10 de la Loi canadienne sur les droits de la personne—Les intimées ont été traitées différemment puisqu'elles avaient eu moins d'affectations aux installations mobiles, avaient effectué moins d'heures supplémentaires et avaient touché moins de rémunération d'heures supplémentaires que les hommes—Appel devant le tribunal d'appel des droits de la personne pour divers motifs—Aucune erreur manifeste n'a été constatée dans la conclusion de fait tirée par le tribunal initial—Le tribunal d'appel a eu raison de décider que le tribunal initial avait bien compris la charge de la preuve et la nature de la défense—Il a également eu raison de décider que le tribunal initial avait agi de façon appropriée et dans les limites de ses attributions en rejetant les explications données par Radio-Canada et en confirmant la conclusion qu'il y avait eu discrimination fondée sur

CONTRÔLE JUDICIAIRE—Fin

le sexe—La violation de la Loi canadienne sur les droits de la personne ne laisse pas nécessairement entendre un méfait intentionnel ou une intention malveillante—La Loi ne vise pas à punir les auteurs d'un méfait, mais à réduire la discrimination dans la société—Une telle discrimination peut avoir lieu par inadvertance—Demande rejetée—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), chap. H-6, art. 7b), 10.

SOCIÉTÉ RADIO-CANADA C. O'CONNELL (A-285-90, juge Linden, J.C.A., jugement en date du 21-10-91, 10 p.)

COURONNE**RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE**

Faillite d'un négociant en grains titulaire d'un permis du gouvernement—Appel et appel incident de la décision ((1990), 33 F.T.R. 68) par laquelle la Section de première instance avait conclu à la responsabilité pour négligence de la Couronne et avait condamnée celle-ci à payer des dommages-intérêts en sus de la part, au *pro rata*, du produit d'une lettre de crédit déposée à titre de garantie auprès de la Commission canadienne des grains par Econ Consulting Ltd., le négociant en grains qui avait fait faillite, et de la part des intimés dans la liquidation des biens d'Econ—Responsabilité pour négligence d'un organisme gouvernemental en cas de perte purement pécuniaire—Obligation de diligence—Obligation de diligence de droit privé—Appel rejeté (voir *Brewer Bros. c. Canada (Procureur général)*, [1992] 1 C.F. 25 (C.A.)—L'art. 36(1)c) de la Loi sur les grains du Canada oblige la Commission à s'assurer que la garantie est suffisante—La Loi fait ressortir une obligation de diligence de droit privé—Lien de causalité suffisant pour donner lieu à pareille obligation de diligence—Compte tenu de l'objet de la garantie, l'obligation de diligence existait bien que les pertes fussent d'ordre financier plutôt que matériel—La Loi ne contient aucune disposition exonérant la Commission de la responsabilité de veiller à ce que la garantie soit suffisante—La mise en application des décisions politiques est de nature fonctionnelle et donne lieu à la responsabilité pour négligence étant donné que la Commission ne s'est pas conformée à la norme de diligence pertinente—Norme de diligence pertinente en l'espèce: question de savoir si l'appelant a agi raisonnablement eu égard aux faits de l'affaire—Le juge de première instance a eu raison de conclure qu'il y avait eu négligence continue pendant toute la période où Econ était titulaire d'un permis—La Couronne est indirectement responsable en vertu de la Loi sur la responsabilité de la Couronne—Le lien de causalité a été établi étant donné que selon la prépondérance des probabilités, les intimés n'auraient pas subi le préjudice dont ils se plaignent si ce n'avait été de la négligence de l'appelante—Une perte purement pécuniaire est indemnisable étant donné que la Loi sur les grains du Canada vise à protéger les producteurs de grains contre une perte purement pécuniaire—Absence de négligence concurrente: le paiement différé ne constitue pas de la négligence étant donné qu'il s'agit d'une pratique établie—Appel incident accueilli: le juge de première instance a commis une erreur dans le calcul des dommages-intérêts en portant au crédit de la Couronne l'intérêt couru sur le produit de la garantie entre la date de la réalisation et la date de la distribution—L'intérêt sur la part du produit de la garan-

COURONNE—Fin

tie, au *pro rata*, aurait dû être accordé au producteur de grains—Loi sur les grains du Canada, S.C. 1970-71-72, chap. 7, art. 36(1)c).

DEVLOO C. CANADA (A-171-90, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 21-5-91, 39 p.)

COMTE C. CANADA (A-170-91, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 21-5-91, 45 p.)

DOUANES ET ACCISE**LOI SUR LA TAXE D'ACCISE**

Le carburéacteur type A-1 constitue clairement du combustible diesel au sens de l'art. 2(1) de la Loi sur la taxe d'accise—Le combustible diesel est assujéti à un certain taux de taxe en vertu de l'art. 50(1.1)c) de la Loi—Le «carburant aviation» n'est pas clairement distinct du «carburant diesel» et de l'«essence»—L'essence et le combustible diesel peuvent être utilisés dans le domaine de l'aviation—Le fait que la seule exclusion concernant l'utilisation des combustibles diesels vise leur utilisation comme huile à chauffage montre clairement l'intention de ne pas exclure le combustible diesel utilisé par l'aviation de la catégorie de combustible diesel—L'absence de définition expresse montre clairement que le combustible diesel, le carburant aviation et l'essence sont des catégories s'excluant mutuellement—Le carburéacteur type A-1 est visé par la définition de combustible diesel à l'art. 2 de la Loi—Appels accueillis—Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), chap. E-15, art. 2(1), 50(1.1) (édicte par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), chap. 15, art. 19(1); (2^e suppl.), chap. 7, art. 16).

INTERNATIONAL FOREST PRODUCTS LTD. C. CANADA (T-1820-90, T-1813-90, juge Reed, jugements en date du 25-9-91, 5 p.)

TARIF DES DOUANES

Demande présentée en vertu de l'art. 28 en vue de l'annulation de la décision par laquelle le M.R.N. a refusé la remise de droits de douanes s'élevant à 1,2 million de dollars, lesquels avaient été payés pour des pulvérisateurs en plastique servant à propulser des produits liquides de nettoyage—La requérante a vainement tenté d'obtenir un remboursement dans le cadre du programme des machines—Le ministre a refusé d'examiner la demande de remboursement pour le motif que les marchandises n'avaient pas fait l'objet d'un classement dans un numéro du Tarif des douanes admissible et que les délais d'appel étaient expirés depuis longtemps—La lettre de la sous-ministre adjointe du Revenu national en date du 14 mai 1990 constitue une «décision ou ordonnance» susceptible d'être examinée—Les demandes antérieures que la requérante avait présentées pour faire classer les pulvérisateurs comme machines avaient été refusées par le ministre—L'intention du législateur, exprimée dans la Loi, doit être établie selon le sens courant des mots—La Cour doit interpréter les divers textes législatifs de façon uniforme et harmonieuse de manière à éviter toute contradiction—La détermination fondamentale est initialement faite par l'agent des douanes—En vertu de la Loi sur les douanes, les marchandises sont classées au moment de leur

DOUANES ET ACCISE—Fin

déclaration en douane—La détermination initiale du classement n'est pas susceptible d'être examinée sauf dans les cas prévus aux art. 60 à 65 de la Loi sur les douanes—Aucune possibilité de remise à moins que les marchandises n'aient été classées dans un numéro admissible du Tarif des douanes—Le programme des machines faisait partie d'un régime unifié au moment pertinent—Il est important d'encourager le caractère définitif lorsqu'il s'agit d'établir l'obligation fiscale—Les tribunaux appliquent donc rigoureusement les délais de prescription en matière d'appels et de nouvelles déterminations—La Cour n'a pas réexaminé la question du classement—La requérante n'a pas pris les mesures nécessaires dans les délais prévus et les déterminations concernant le classement sont donc définitives—Décision du ministre tout à fait justifiée—Demande rejetée—Tarif des douanes, S.R.C. 1970, chap. C-41—Loi sur les douanes, S.C. 1986, chap. 1, art. 58(1), 61, 63, 67, 68.

BRISTOL-MYERS CANADA INC. C. M.R.N. (A-208-90, juge Linden, J.C.A., jugement en date du 2-10-91, 13 p.)

DROIT D'AUTEUR**DOMMAGES-INTÉRÊTS**

Renvoi en vue de la détermination des dommages-intérêts subis par la demanderesse—La demanderesse possède le droit exclusif de distribution au Canada de vidéocassettes produites à Hong Kong—La défenderesse s'est vu accorder une licence de distribution du 1^{er} novembre 1986 au 31 octobre 1987—La défenderesse a reproduit et vendu des cassettes en violation de la licence—Licence résiliée—Défenderesse déclarée coupable de fraude—La demanderesse soutient que le montant des dommages-intérêts est de 23 232 \$, représentant la valeur de la licence moins les coûts de production—Lorsqu'il est d'usage d'accorder des licences, le montant des dommages-intérêts correspond normalement à la redevance—La valeur totale de la licence ne représente pas le montant exact, la licence ayant pris fin pendant la première moitié du terme—Il est impossible d'établir combien de reproductions ont été faites—Lorsque les dommages subis ne peuvent pas être prouvés, des dommages-intérêts symboliques peuvent être accordés, lesquels ne sont pas nécessairement négligeables—Il est recommandé qu'un montant de 21 734,12 \$ plus l'intérêt postérieur au jugement et les dépens soient accordés.

PROFEKTA INTERNATIONAL INC. C. NGUYEN (T-285-89, protonotaire Preston, rapport en date du 31-7-91, 6 p.)

DROIT MARITIME**ASSURANCE**

Les demandeurs étaient propriétaires du *Barbarossa*, qui a sombré dans le détroit de Géorgie (C.-B.) en 1989—Navire assuré par le Régime d'assurance des bateaux de pêche de la défenderesse—La défenderesse a décliné toute responsabilité pour le motif qu'au moment de la perte, le capitaine du navire n'était pas l'assuré désigné dans la police et n'avait pas fait

DROIT MARITIME—Suite

l'objet d'une approbation préalable par le Régime et que cela violait la garantie et la clause expresses de la police d'assurance—Le défendeur nie également sa responsabilité en invoquant le manque de diligence, en ce sens que le capitaine et l'équipage n'étaient pas suffisamment qualifiés ou n'étaient pas aptes à remplir leurs fonctions et que le navire n'était pas en état de navigabilité et n'était pas équipé convenablement—Selon l'exposé conjoint des faits, la perte est attribuable à la négligence du mécanicien qui était à bord, mais la nature de la négligence n'est pas précisée—Le capitaine était suffisamment au fait des caractéristiques de la stabilité du navire pour prendre les mesures qu'il imposaient en cas de difficultés—Le capitaine était suffisamment qualifié et apte à remplir ses fonctions; il n'y a pas eu manque de diligence de la part des propriétaires qui l'ont choisi—Rien ne montre que quelque membre de l'équipage n'était pas suffisamment qualifié ou n'était pas apte, à l'exception du mécanicien, et les propriétaires n'ont pas fait preuve de manque de diligence en embauchant le mécanicien étant donné qu'ils ont pris toutes les mesures raisonnables pour que ce dernier soit qualifié—Le capitaine a correctement évalué la situation et a immédiatement pris les mesures nécessaires lorsque le navire a coulé—Le Régime n'est pas un système strictement réglementé; il s'agit plutôt d'un régime d'assurance dont la gestion est assez relâchée et dans lequel des erreurs se produisent—Au moment où le navire a coulé, l'approbation du capitaine avait été demandée et accordée de la façon normale—L'approbation d'un changement de capitaine est habituellement demandée par téléphone—Une approbation provisoire peut être donnée par téléphone—En l'espèce, la demande d'approbation a été présentée par téléphone; l'approbation a été donnée et était en vigueur au moment où le navire a coulé—Un jugement est rendu contre les défendeurs jusqu'à concurrence de la somme de 254 000 \$.

MORRIS C. CANADA (MINISTÈRE DES PÊCHES ET OCÉANS) (T-305-90, juge Martin, jugement en date du 27-9-91, 35 p.)

CONTRATS

Demande par la Couronne en vue de l'obtention d'instructions en ce qui concerne la procédure à suivre pour obtenir une contribution ou une indemnité des tierces parties Canada Packers Inc. et Proctor & Gamble Inc.—Les tierces parties avaient déposé un acte de comparaison conditionnelle et avaient demandé à la Cour de radier les avis à tierce partie—La Couronne a passé des contrats avec les tierces parties à l'égard d'huile végétale devant être expédiée outremer dans le cadre d'un programme de secours à l'étranger—Le contrat précisait le genre de bidons en plastique dans lesquels l'huile devait être livrée—Les bidons d'huile ont coulé pendant le voyage, ce qui a occasionné des dépenses lorsqu'il s'est agi d'arrimer et d'attacher les bidons, ainsi qu'en vue du nettoyage du navire et de la manutention de la cargaison—La demanderesse a donc intenté une action contre la Couronne et contre le propriétaire du navire—Sa Majesté demande à être indemnisée par les tierces parties—Question de savoir si les réclamations contre les tierces parties sont du droit maritime et si la Cour a donc compétence—La Cour peut examiner les plaidoiries et la preuve présentée par affidavit pour déterminer si elle est compétente ou pour conclure qu'une telle décision ne devrait pas

DROIT MARITIME—Suite

être rendue avant l'instruction—En l'espèce, les faits sont suffisamment clairs pour permettre l'examen de pareille preuve—Il faut se pencher sur l'entente entre les parties afin de constater la nature et le contexte des demandes en cause, et de savoir si ces dernières ont un caractère maritime—Les contrats entre Sa Majesté et les tierces parties étaient des contrats de vente de marchandises et non des contrats maritimes—Les tierces parties ne sont pas responsables de ce qui est arrivé aux marchandises une fois que celles-ci ont été livrées au terminal—Les fournisseurs tierces parties n'ont assumé aucune obligation en ce qui concerne quelque aspect du transport des marchandises par mer—Les contrats n'étaient pas intégralement liés au droit maritime—La demande d'indemnité et la demande découlant du nombre de bidons en moins, qui faisaient toutes les deux partie de la réclamation contre les tierces parties, n'étaient pas fondées sur le droit maritime—Le législateur n'a pas adopté quelque «loi du Canada» visant le cas où la Couronne demande à être indemnisée—Avis à tierce partie radié.

PAKISTAN NATIONAL SHIPPING CORP. C. CANADA
(T-3112-90, juge Strayer, ordonnance en date du 23-9-91,
13 p.)

CRÉANCIERS ET DÉBITEURS

Demande de cautionnement à verser à titre de garantie des réclamations pour obtenir la mainlevée de navires saisis—Actions principales découlant du fait que la rémunération due à l'équipage n'avait pas été versée—Le demandeur a produit une fiche de travail indiquant les montants demandés pour chaque employé—Le demandeur réclame 50 500 \$ à titre de garantie—Il ne demande pas de garantie pour des dommages-intérêts punitifs ou pour les frais—Le défendeur propose une garantie de 20 000 \$ sans justifier ce montant—Les questions doivent être tranchées au fond—La prétention des demandeurs est raisonnable—Le cautionnement est accordé jusqu'à concurrence de la somme de 50 500 \$.

FELICIANO C. YUKO MARU NO 10 (LE) (T-1906-91, appro-
bateur Scott, décision en date du 25-7-91, 5 p.)

PRATIQUE

Évaluation des dommages-intérêts dans une action découlant de la rupture du contrat entre les parties—Les demanderesse ont retenu les services des défendeurs pour exploiter une coentreprise d'achat de poissons au comptoir—La Cour a conclu que les défendeurs avaient violé l'entente et que les demanderesse avaient droit à des dommages-intérêts, qui devaient être déterminés à une date ultérieure—Les demanderesse n'ont pas omis de mitiger les dommages, et Shibatomo n'a pas omis de s'acquitter de son obligation de vendre le saumon au meilleur prix possible—Il incombe au défendeur d'établir pareille omission et celui-ci n'a fourni aucune preuve—La preuve présentée par la demanderesse montre que les ventes de poisson ont été effectuées conformément aux modalités de l'entente—La Cour n'a pas déduit tout le montant des salaires et des indemnités journalières des techniciens dans le calcul des profits—Les techniciens spécialisés dans la transformation des œufs de poisson à bord du navire avaient obtenu une garantie selon laquelle ils travailleraient pendant deux mois et demi à trois mois, mais après la rupture du contrat, les tentatives pour

DROIT MARITIME—Suite

leur trouver du travail ont échoué—Compte tenu des circonstances, il serait tout à fait inéquitable d'attribuer les dépenses afférentes aux techniciens aux opérations relatives aux œufs de poisson et de déduire cette somme de la part de profits des défendeurs—Ces dépenses devraient être assumées par les demanderesse—Il est indéniable que la défenderesse a été indemnisée de façon adéquate pour ses frais de transbordement et la taxe sur le poisson imposée par l'Alaska—Selon l'art. 12 de la Loi sur la monnaie, la Cour doit accorder un jugement en monnaie canadienne—Les devises doivent être converties à la date de rupture du contrat, et les tribunaux de première instance ne peuvent pas modifier cette règle établie par la Cour suprême du Canada—La garantie fournie sous forme d'engagement devrait demeurer en fonds américains jusqu'à ce que le remboursement des fonds soit ordonné—En règle générale, le taux d'intérêt avant jugement est le taux préférentiel—Compte tenu de la preuve, le taux d'intérêt approprié est le taux préférentiel—Selon l'art. 40 de la Loi sur la Cour fédérale, le taux d'intérêt après jugement est celui qui est prévu par l'art. 3 de la Loi sur l'intérêt, à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par la Cour—Dans une affaire de droit maritime, le principe de la réparation intégrale s'applique, et le même principe devait être utilisé dans le calcul de l'intérêt avant et après jugement—En l'espèce, le taux d'intérêt après jugement devrait être la moyenne des taux préférentiels en vigueur entre la date où les dommages ont été subis et la date de l'évaluation—Selon la Règle 344, la Cour a un large pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne l'octroi des frais et dépens et peut tenir compte du résultat de l'instance, de la somme réclamée, de la charge de travail, de la complexité des questions en litige et de la conduite des parties—Les faits étaient particulièrement compliqués—Par leur conduite, les défendeurs ont prolongé indûment la durée de l'instance en soulevant des questions non pertinentes et en refusant de séparer la question des dommages-intérêt de la question de la responsabilité—Fait encore plus grave, les défendeurs ont fait des allégations générales et non étayées de fraude, de vol et de complot—Dans de nombreuses autres affaires, les allégations de fraude comme celles qui ont été faites en l'espèce ont entraîné l'octroi de dépens plus élevés que d'habitude—En l'espèce, il est opportun d'adjuger des frais et dépens sensiblement plus élevés—De plus, la Cour accorde aux demanderesse une majoration de 50 % de leur mémoire de frais car les allégations de dol et de complot n'étaient absolument pas étayées par la preuve—Loi sur la monnaie, L.R.C. (1985), chap. C-52, art. 12—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 40—Loi sur l'intérêt, L.R.C. (1985), chap. I-15, art. 3—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 344.

SHIBAMOTO & CO. C. WESTERN FISH PRODUCERS INC.
(SYNDIC) (T-1810-88, juge Rouleau, jugement en date du
27-9-91, 23 p.)

Demande en vue de l'annulation de l'ordonnance prorogeant le délai de signification aux défendeurs et autorisant la signification *ex juris*—Désignation d'un avocat par les défendeurs, discussions continues au sujet de la prorogation du délai de signification, et fait que l'avocat des défendeurs n'avait fait savoir qu'en avril 1991 qu'il avait recommandé à ses clients de ne pas accepter la signification justifiant la prorogation du délai de signification—Puisque la Cour est convaincue que les demanderesse ont une bonne cause d'action ou une cause

DROIT MARITIME—Fin

défendable, le juge a eu raison d'autoriser la signification *ex juris*—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 306, 307.

KLOCKNER NAMASCO CORP. C. FEDERAL HUDSON (LE) (T-1025-90, T-1026-90, juge Denault, ordonnance en date du 28-8-91, 2 p.)

PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance annulant les caveats déposés par les créanciers hypothécaires de 1^{er} et de 3^e rangs—Les demanderesse ont saisi le navire—La garantie d'exécution des réclamations des demanderesse a été fixée à 1 300 000 \$—Le propriétaire a fait en sorte que le navire soit vendu—Les créanciers hypothécaires ont accordé la mainlevée des hypothèques pour des sommes déterminées, plus la cession du droit de la défenderesse sur la garantie d'exécution—Le navire a été vendu pour la somme de 2 000 000 \$—Jugement en faveur des demanderesse—Par ordonnance, la somme fixée à titre de garantie d'exécution a été versée au compte en fiducie des avocats des demanderesse—Les demanderesse ont demandé le paiement—La Règle 1010(1) permet à la personne qui a un droit *in rem* d'intervenir si l'action risque de porter atteinte à ce droit: *In re The Dowthorpe* (1843), 2 W. Rob. 73; 166 E.R. 682 (Adm. Div.)—Question de savoir si les créanciers hypothécaires ont un droit *in rem* sur l'argent détenu—Le titulaire d'un privilège qu'il accepte une garantie subsidiaire renonce à son droit *in rem*: *In re The William Money* (1827), 2 Hagg. 136; 166 E.R. 193 (Adm. Div.)—La garantie ne vise que la réclamation à l'égard de laquelle elle est fournie: *The Russland*, [1924] P. 55 (Adm. Div.); *The Roberta*, [1938] P. 1—Les créanciers hypothécaires ne possèdent aucun droit *in rem* et n'ont pas droit à un caveat—Caveats annulés—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 1010(1).

SHIBAMOTO & CO. C. NICOLLE N (LE) (T-1810-88, juge Rouleau, ordonnance en date du 15-10-91, 10 p.)

EXPROPRIATION

Décision concernant l'état d'un titre immobilier à Baine Harbour (Terre-Neuve)—Indemnité payable à la succession de James W. Smith étant donné que le titre afférent aux parcelles A et C a été dévolu à celle-ci immédiatement avant l'expropriation—La parcelle B, qui est un chemin ou un droit de passage public existant depuis bon nombre d'années, n'appartient pas à la succession, mais est consacrée à l'usage du public—Personne n'a établi un droit sur la parcelle B immédiatement avant l'expropriation, de sorte que le droit exproprié est conféré à la Reine du chef du Canada—D'autres personnes affirment avoir obtenu la permission orale de faire passer des tuyaux d'égoût sur les parcelles A, B et C et demandent un règlement leur permettant de continuer d'utiliser les tuyaux d'égoût ou leur fournissant d'autres moyens d'éliminer leurs vidanges domestiques sans frais—Ces personnes avaient une simple permission personnelle, et non un droit immobilier—Aucun droit à une indemnité par suite de l'expropriation—Le bien-fonds submergé appartenait à Terre-Neuve puisqu'il

EXPROPRIATION—Fin

n'existe aucune concession de quelque droit sur la parcelle D—Indemnité payable à cet égard.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL.) C. TERRE-NEUVE (T-62-91, juge Martin, décision en date du 16-9-91, 10 p.)

IMMIGRATION

Demande en vue de l'obtention d'un bref de *certiorari* annulant la décision par laquelle un agent d'immigration avait conclu qu'il n'existait pas suffisamment de raisons d'ordre humanitaire pour faire droit à la demande de résidence permanente présentée par les requérants à l'intérieur du Canada—Les requérants, des citoyens de la Trinité, ont payé des «conseillers» en immigration pour organiser leur immigration au Canada—Ils ont obtenu des visas de visiteur—On leur a conseillé de demander le statut de réfugié et des prestations d'assistance sociale, qu'ils devaient partager avec le «conseiller»—La femme travaillait; le mari était un étudiant modèle dans un collège communautaire—Le pouvoir discrétionnaire étendu conféré au gouverneur en conseil par la Loi pour faciliter l'admission est exercé, en pratique, par un agent d'immigration—L'étendue du pouvoir discrétionnaire viole presque la primauté du droit—Les lignes directrices permettaient toute conclusion souhaitée—La décision de l'agent d'immigration est manifestement obtuse—Rien ne permet de conclure que la décision de l'agent peut être examinée—Demande rejetée—Les dépens ne sont pas adjugés—Il est ordonné à l'avocat de l'intimé de déposer les motifs au bureau du ministre.

POLLARD C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-1039-91, juge Muldoon, ordonnance en date du 22-8-91, 13 p.)

Requête en vue de l'annulation de la décision par laquelle l'agent d'immigration avait refusé au requérant le droit de demander le droit d'établissement depuis le Canada par suite de l'insuffisance des raisons d'ordre humanitaire—La décision est contestée pour deux raisons: (1) l'agent d'immigration a commis une erreur de droit étant donné qu'il a uniquement tenu compte de la question de savoir si le mariage avait été conclu dans le but d'obtenir le droit d'établissement au Canada; (2) l'obligation d'agir avec équité a été violée—L'affidavit subséquent de l'agent n'est pas pertinent en ce qui concerne la question de savoir s'il semble y avoir eu erreur de droit à la lecture du dossier—L'affidavit ne fait pas partie du dossier—Le souvenir que le requérant garde des événements est probablement meilleur que celui de l'agent d'immigration—L'affidavit de ce dernier n'est pas étayé par une preuve objective recueillie au moment de l'entrevue—L'omission de permettre aux requérants d'expliquer les contradictions qui existeraient dans le témoignage de chacun constitue une violation de l'obligation d'agir avec équité—Décision annulée.

PARIHAR C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-1987-91, juge Reed, ordonnance en date du 20-9-91, 5 p.)

EXPULSION

Demande de sursis de l'exécution de la mesure d'expulsion—Le requérant avait demandé la résidence permanente depuis

IMMIGRATION—Suite

le Canada—L'intimé a décidé de ne pas traiter la demande—Demande en instance devant la Cour en vue de l'examen de la décision de ne pas traiter la demande—Absence de circonstances spéciales et décisives justifiant l'octroi du sursis—Absence de preuve que le requérant subirait un préjudice irréparable—Demande rejetée.

TAVAGA C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (91-T-132, juge Pinard, ordonnance en date du 26-7-91, 2 p.)

PRATIQUE

Demande en vue d'obtenir l'autorisation de demander l'examen judiciaire d'une décision interlocutoire par laquelle l'arbitre a décidé de ne pas entendre les arguments fondés sur la Charte—Requête présentée en dehors des délais—Aucun motif raisonnable justifiant une prorogation—Demande rejetée—Question: les décisions interlocutoires rendues par les arbitres peuvent-elles être assujetties à un examen judiciaire?

AGUILAR C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (91-T-55, juge Collier, ordonnance en date du 25-3-91, 2 p.)

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance annulant la décision de l'agent d'immigration selon laquelle il n'existait pas suffisamment de raisons d'ordre humanitaire pour permettre au requérant de présenter une demande de résidence permanente, ainsi qu'en vue de l'obtention d'une ordonnance enjoignant à l'intimé de faire un nouvel examen au fond—Le requérant et son épouse sont arrivés au Canada de l'Équateur en 1987—L'affidavit et la documentation ne disent rien au sujet de la date à laquelle le statut de réfugié a d'abord été revendiqué, de la décision qui a été prise et de sa date—Le requérant avait le droit d'être entendu, mais il ne l'a pas été parce que le Ministère ne pouvait pas trouver son dossier—La décision a été rendue sans qu'une entrevue ait lieu—Le requérant s'est vu imposer le processus du minimum de fondement au lieu d'obtenir une audition conformément à *Yhap c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 1 C.F. 722 (1^{re} inst.)—L'omission de tenir une audition voulait dire que les règles de la justice naturelle n'ont pas été respectées—Une audition de 30 minutes est insuffisante, lorsqu'il s'agit d'examiner la documentation, d'entendre les observations et d'expliquer le but de l'audition, et ne peut pas rendre justice au requérant—L'agent d'immigration n'a pas considéré la situation économique et le fait que le requérant était bien établi pour déterminer si cela pouvait en l'espèce justifier une recommandation pour des raisons d'ordre humanitaire, bien que ces motifs ne soient habituellement pas suffisants—Décision de l'agent annulée.

VACA C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-278-91, juge Cullen, ordonnance en date du 16-9-91, 9 p.)

Requête en vue de la radiation de la déclaration visant à l'obtention d'un jugement déclaratoire portant que (1) le

IMMIGRATION—Suite

demandeur n'a jamais été marié et (2) a répondu sans mentir aux questions posées par le conseiller en immigration du haut-commissariat canadien de New Delhi—Le demandeur a demandé la résidence permanente dans le cadre du Programme du dernier membre de la famille demeurant à l'étranger—La demande a été rejetée pour le motif que le demandeur était marié et qu'à l'entrevue il avait menti au sujet de son état civil—Le demandeur a nié être marié—Il a produit une ordonnance d'un tribunal indien déclarant les mariages faux—Demande accueillie—La Cour fédérale n'a pas compétence pour prononcer pareil jugement déclaratoire—La Cour peut uniquement déclarer l'existence de droits reconnus par la loi, alors que le demandeur sollicite des déclarations de fait—À supposer que les allégations figurant dans la déclaration soient exactes, il n'existe aucune cause d'action—*Obiter*: le fait que le demandeur a obtenu un jugement *ex parte* d'un tribunal indien déclarant les mariages invalides ne veut pas dire que ce jugement est invalide ou n'a aucune valeur.

GILL C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-484-91, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 19-9-91, 9 p.)

Demande visant à faire annuler la décision prise par un agent des visas le 19 octobre 1990 et à obtenir un *mandamus* obligeant l'intimé à exécuter la décision rendue le 6 septembre 1990—Le requérant a obtenu le statut de réfugié et le droit d'établissement—L'épouse et l'enfant du requérant, qui étaient en Inde, ont demandé la résidence permanente—Ils ont par erreur été traités comme des réfugiés—L'erreur a été découverte et une nouvelle décision rejetant la demande a été rendue—Un organisme statutaire a le pouvoir de corriger ses erreurs et de rendre une décision plus conforme à la loi—Demande rejetée.

DHANJAL C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-1071-91, juge Joyal, ordonnance en date du 15-8-91, 5 p.)

Demande de *mandamus* obligeant l'intimé à traiter la demande de parrainage présentée par le requérant pour que ses parents obtiennent le droit d'établissement—Il faut obtenir l'autorisation d'introduire l'instance—La demande en cause n'a pas été présentée à un agent des visas—Lorsqu'il s'agit d'accorder l'autorisation d'introduire une instance en vertu de l'art. 18, le critère pertinent consiste à savoir s'il existe une question sérieuse à trancher—Le critère requis n'a pas été satisfait—La lenteur avec laquelle la demande a été traitée n'est pas entièrement attribuable aux agents d'immigration—Le retard ne cause aucun préjudice important puisque les parents sont tous deux au Canada—Requête visant à obtenir l'autorisation d'introduire une instance en vertu de l'art. 18 rejetée.

GILL C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-2103-91, juge Reed, ordonnance en date du 17-9-91, 7 p.)

IMMIGRATION—Fin**STATUT DE RÉFUGIÉ**

Demande en vue de l'annulation de la décision rendue conformément à l'art. 46.01(6) de la Loi sur l'immigration, selon laquelle la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention avait un minimum de fondement—La décision peut être examinée en vertu de l'art. 28 de la Loi sur la Cour fédérale car (1) l'arbitre et le membre de la section du statut constituent un tribunal fédéral; (2) il s'agit d'une décision définitive puisque le tribunal a pleinement épuisé son pouvoir; et (3) il s'agit d'une décision de laquelle découlent des droits (le droit de demeurer au Canada tant que les recours ne sont pas épuisés)—L'art. 46(3) exige que le tribunal donne au demandeur et au ministre une possibilité raisonnable de produire des éléments de preuve, de contre-interroger des témoins et de présenter des observations—Le tribunal a violé l'art. 46(3) en fondant sa conclusion uniquement sur le «formulaire de renseignements personnels» du demandeur, tout en refusant au représentant du ministre la possibilité de mettre à l'épreuve la crédibilité du demandeur—Les dispositions de l'art. 46(3) sont impératives et constituent une condition du pouvoir du tribunal de renvoyer une demande à la section du statut—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 46 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 14), 46.01 (édicte, idem)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.

CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) C. LEAL (A-984-90, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 3-9-91, 2 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

Demande présentée par le M.R.N. en vue de la détermination d'une question de droit, de fait, ou de droit et de fait—Question de savoir si l'actionnariat des salariés de Chrysler (l'A.S.) est un régime de prestations aux employés au sens des art. 248(1) et 6(1)g) de la Loi de l'impôt sur le revenu ou une convention en vue de la vente ou de l'émission d'actions aux employés au sens de l'art. 7—Chrysler a versé des actions à une fiducie et a par la suite distribué les actions aux employés—Chrysler Canada (C.C.) a remboursé à Chrysler la partie des actions versées pour le bénéfice des employés de C.C.—La valeur des actions a augmenté entre le moment où celles-ci ont été versées à la fiducie et celui où elles ont été distribuées aux employés—Le M.R.N. a permis à C.C. de déduire les sommes remboursées à Chrysler, mais a établi la cotisation des employés en se fondant sur le fait qu'ils avaient reçu un avantage imposable à l'égard des actions distribuées—S'il est conclu que l'A.S. est un régime de prestations aux employés, la valeur des actions l'année où elles ont été distribuées doit être comprise dans le revenu des employés—Si l'A.S. est une convention en vue de l'émission d'actions aux employés, ces derniers sont réputés avoir acquis les actions au moment où le fiduciaire a commencé à détenir les actions—La charge de la preuve incombe au contribuable bien que le ministre présente le renvoi—On demande à la Cour de se prononcer sur une question en vertu de l'art. 174(1) et non d'exprimer une opinion—La décision lie les parties, alors qu'une opinion ou un renvoi ne les lie pas—En l'espèce, il s'agit essentiellement de la contestation d'une cotisation établie par

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

le ministre, et la charge de la preuve incombe donc au contribuable—Les employés ont satisfait à l'obligation qu'ils avaient d'établir que l'émission des actions était visée par l'art. 7(1) puisqu'il s'agissait d'une convention entre les employés et Chrysler—Les employés canadiens syndiqués et non syndiqués ont convenu de faire des concessions en échange de leur participation à l'A.S.—La Cour ne peut donner au mot «convention» figurant à l'art. 7(1) le sens restreint donné dans *Fowler, N.W. c. M.R.N.* (1963), 32 Tax A.B.C. 353 (C.A.I.)—La convention dont il est ici question peut être orale ou implicite—L'art. 7(2)a) permet une interprétation spéciale large du libellé de l'art. 7(1)—L'effet de l'art. 7(2)a) est de reconnaître qu'il peut y avoir une émission d'actions en faveur de l'employé par l'entremise d'une fiducie et que ces actions sont réputées avoir été acquises par l'employé au moment où elles ont été acquises par la fiducie—De plus, les actions étaient détenues pour le compte de l'employé, comme il en est fait mention à l'art. 7(2)—Il importe peu que certains employés ont accepté une somme en espèces au lieu des actions, car tous les employés avaient droit aux actions à la date de la distribution—Conflit possible entre l'art. 7(2) (valeur des actions réputée avoir été reçue au moment de leur remise au fiduciaire) et l'art. 6(1)g) (valeur des actions réputée avoir été reçue au moment où le fiduciaire a distribué les actions) au sujet de l'année d'imposition pendant laquelle les actions ou leur équivalent sont réputés avoir été reçus par les employés—La Cour conclut uniquement que l'A.S. est à la fois un régime de prestations aux employés au sens de l'art. 248(1) et une convention en vue de la vente ou de l'émission d'actions au sens de l'art. 7—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 6(1)g) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 48, art. 1), 7 (mod. par S.C. 1977-78, chap. 1, art. 3; S.C. 1986, chap. 6, art. 2), 174 (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 158, art. 58 numéro 2), 248 (mod. par L.C. 1987, chap. 46, art. 69).

M.R.N. C. CHRYSLER CANADA LTÉE (T-1121-90, juge Strayer, jugement en date du 11-9-91, 14 p.)

CALCUL DU REVENU**Déductions**

Trois actions qui ont été jointes et par lesquelles la demanderesse a interjeté appel des cotisations concernant ses déclarations de revenus pour les années 1978, 1979 et 1980—La demanderesse est une société de secours mutuels—Les activités de la demanderesse qui ne sont pas reliées à l'assurance-vie ne sont pas assujetties à l'impôt—En 1979, avec effet pour l'année 1978, la demanderesse a mis sur pied un régime en vue de verser aux membres détenteurs de certaines polices d'assurance-vie des «dividendes de secours mutuels» supplémentaires, dont elle a demandé la déduction pour fins d'impôt et qui ont été refusés par Revenu Canada—Avant 1978, la demanderesse n'avait pas généré de revenu de son entreprise d'assurance-vie et n'avait pas l'habitude de désigner une partie de son revenu comme se rapportant à des fins de secours mutuels—La demanderesse n'était pas tenue d'établir une comptabilité de caisse distincte pour les activités de secours mutuels—La Loi sur les compagnies d'assurance canadiennes et britanniques exige uniquement une caisse distincte pour différentes catégories d'assurances—Toutefois, le fait qu'aucune caisse distincte n'a été établie a des répercussions sur la

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

demande de déduction d'une partie du revenu de placement dans le calcul de l'impôt sur le revenu visant les activités reliées à l'assurance-vie—Les sommes réclamées à titre de déduction ne sont pas déterminées et ne figurent pas dans les états financiers—La société demanderesse a omis d'établir que la déduction n'était pas un revenu tiré de l'entreprise d'assurance-vie tel que déclaré dans les états financiers—Revenu de placement attribué à la partie fictive de l'actif liée à des fins de secours mutuels—Cette attribution est sans fondement—La demanderesse gérait les placements en commun—Quelle partie du revenu de placement doit être imputée aux activités imposables liées à l'assurance-vie?—Selon la demanderesse, les dividendes de secours mutuels ont été payés au moyen du revenu tiré des activités liées à l'assurance-vie et sont donc déductibles, et la cotisation de secours mutuels était un revenu tiré d'activités non liées à l'assurance-vie et n'était pas imposable—Il existe un principe établi depuis longtemps selon lequel le contribuable est libre d'organiser ses affaires de façon à être efficace sur le plan fiscal—En outre, une opération dont l'esprit et l'objet correspondent à une disposition accordant une déduction ne réduit pas artificiellement le revenu du simple fait que le contribuable a décidé de l'effectuer pour des considérations d'ordre fiscal—La déclaration de dividendes de secours mutuels, comme dans le cas de dividendes ordinaires, était conforme aux objets commerciaux de la demanderesse, qui remettait ses excédents à ses membres, même si la déclaration et le paiement n'ont pas été faits au même moment—Le dividende de secours mutuels est également conforme à l'esprit et à l'objet de l'art. 138(3a)(iii) et (iv) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Le moment où les dividendes ont été versés indique simplement de la prudence—La situation de la demanderesse, qui n'exploitait pas son entreprise à des fins commerciales, ainsi que l'effort réel qu'elle a fait pour atteindre les fins de secours mutuels sous-tendent la décision de verser des dividendes de secours mutuels et d'imposer des cotisations de secours mutuels—La décision du conseil de verser des dividendes de secours mutuels n'avait pas pour effet de réduire les avantages, mais constituait un avantage supplémentaire—Le conseil n'a pas excédé sa compétence—Absence de tromperie de la part de la demanderesse—En l'absence de l'élément de tromperie, les actes du contribuable ne peuvent pas être considérés comme un trompe-l'œil—Lorsqu'elles sont considérées ensemble, les mesures prises par la demanderesse ne visaient pas à créer des inscriptions comptables destinées à réduire le revenu—L'excédent n'était pas fictif, et le dividende ne le réduisait pas à un niveau inférieur au seuil de solvabilité—La Cour n'est pas convaincue que le fait de déclarer des dividendes à la fin de l'année et d'inclure une provision dans les comptes de l'année terminée entraîne l'exclusion de la provision du champ d'application de l'art. 138(3a)(ii)(iv)—L'opération dans son ensemble a un objet commercial véritable—Les dividendes de secours mutuels étaient donc des déductions légitimes—Les cotisations de secours mutuels ne devraient pas être rajoutées au revenu de la demanderesse, étant donné que cela aurait pour effet de modifier le fondement des nouvelles cotisations, où il n'est pas fait mention des cotisations de secours mutuels comme revenu d'assurance—Action de la demanderesse accueillie et nouvelles cotisations déferées au ministre, sauf en ce qui concerne le revenu de placements déclarés à titre de déduction du revenu

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

en 1979 et en 1980—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 138(3a).

LUTHERAN LIFE INSURANCE SOCIETY OF CANADA c. CANADA (T-1391-83, juge MacKay, jugement en date du 15-10-91, 58 p.)

De 1977 à 1981, la demanderesse remettait en état des moteurs d'avion—Les règlements exigeaient le remplacement ou la remise en état périodiques des moteurs d'avion—Question de savoir si en remettant en état des moteurs, la demanderesse a fabriqué ou transformé au Canada des marchandises en vue de la vente ou de la location, de sorte qu'elle était admissible—Le coût de la remise en état représente le tiers du prix de vente d'un nouveau moteur—Le remplacement des pièces est inférieur à 50 %—Les clauses contractuelles tendent à indiquer un service, des matériaux, une réparation et la remise en état plutôt qu'une vente—Dans les arrêts, il y a deux tendances, représentées par (1) *Halliburton Services Ltd. c. R.* (1985), 85 D.T.C. 5336 (C.F. 1^{re} inst.); 90 D.T.C. 6320 (C.A.F.); et *NowSCO Well Service Ltd. c. R.*, [1988] 2 C.T.C. 24 (C.F. 1^{re} inst.); 90 D.T.C. 6312 (C.A.F.), qui favorisent la demanderesse (affaires de puits de pétrole) et (2) *Crown Tire Service Ltd. c. La Reine*, [1984] 2 C.F. 219 (1^{re} inst.)—L'affaire *Crown Tire* est appliquée, bien qu'elle ait été distinguée par la Cour d'appel fédérale dans des arrêts qui semblaient favoriser la demanderesse—Dans l'affaire *Crown Tire*, l'activité (le rechapage de pneus) constituait de la fabrication ou de la transformation, mais cela ne se rapportait pas à des articles destinés à la vente ou à la location—L'élément le plus important est le fait que le travail a été exécuté sur un bien appartenant au client, par opposition aux cas dans lesquels le client n'a jamais été propriétaire d'une partie du produit final—Les contrats de remise en état ou de réparation de moteurs constituent essentiellement des contrats de fourniture d'ouvrage et de matériaux et non de vente de marchandises—Les affaires *Halliburton* et *NowSCO* portaient sur la création par le contribuable d'un bien ou produit avant son emploi dans la prestation du service—Les décisions rendues par la Cour d'appel fédérale dans *Halliburton* et *NowSCO* ne vont pas à l'encontre de *Crown Tire*, mais établissent une distinction—Distinction faite avec *Halliburton* et *NowSCO* car en l'espèce les clients se fient entièrement à la contribuable en ce qui concerne le travail et les matériaux fournis; aucun nouveau bien n'a été créé pour être vendu au client avant son incorporation dans le moteur du client; la contribuable, et non le client, exerce un contrôle sur toute l'opération; la propriété des matériaux utilisés passe de la contribuable au client par voie d'accèsion au moment où ceux-ci sont ajoutés au moteur remis en état pour en faire partie, et non au moyen d'une vente—Au Québec, la situation est la même qu'en common law—La transformation d'articles destinés à la vente n'est pas le principal objectif de la demanderesse—La demanderesse s'occupe de la remise en état et de la réparation de moteurs d'avion qui demeurent la propriété des clients, les travaux et les matériaux ajoutés devenant partie intégrante du moteur remis en état ou réparé par accèsion plutôt qu'au moyen d'une vente—Appel rejeté—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 20(1)gg) (édicte par S.C. 1977-78, chap. 1, art. 14), 125.1(1) (édicte par S.C. 1973-74, chap. 29,

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

art. 1)—Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C., chap. 945, annexe B, catégorie 29.

ROLLS-ROYCE (CANADA) LTD. C. CANADA (T-1515-86, juge Martin, jugement en date du 11-10-91, 15 p.).

Entreprise agricole

Appel de la décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a rejeté l'action du demandeur—Question de savoir si l'entreprise agricole du demandeur créait une expectative raisonnable de profit—Cotisations d'impôt sur le revenu concernant les années d'imposition 1977, 1978, 1979 et 1980—Le demandeur a reconnu que l'agriculture constituait pour lui un «passe-temps» depuis 20 ans—En fait, il enseignait à plein temps et s'occupait d'agriculture à temps partiel—Il s'occupait également activement de politique partisane et s'intéressait généralement aux affaires publiques—Le demandeur n'a pas assumé de risques plus extraordinaires que ceux que courent tous les agriculteurs—La Cour est liée par les principes établis dans *Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480—Les critères concernant l'expectative raisonnable de profit sont expliqués dans *Moldowan*—La question de savoir si la source de revenu est la principale source de revenu du contribuable suppose un critère à la fois relatif et objectif—Le demandeur a entretenu la propriété pour élever ses enfants et leur inculquer des vertus morales et civiques—Les dépenses personnelles et les dépenses de subsistance générées par la propriété ne sont pas déductibles—La conception holistique de ce qui constitue un «profit» aux yeux du demandeur n'est pas partagée par les tribunaux—La principale source de revenu était l'enseignement—Le demandeur n'avait pas d'expectative raisonnable de profit car il ne pouvait pas rendre rentable sa petite entreprise agricole—Profits négligeables comparativement à des pertes importantes—Le demandeur a manifesté une optimisme désespéré, naïf et irréductible—Action rejetée.

BLAKE C. M.R.N. (T-1424-84, juge Muldoon, jugement en date du 18-9-91, 20 p.)

Gains en capital

Question de savoir si l'art. 53(2)c)(v) de la Loi de l'impôt sur le revenu s'applique aux faits de l'affaire—Le contrat de société permet à un associé de réduire sa participation dans la société si un tiers consent à acquérir une participation équivalente à celle dont il voulait se départir—Le demandeur a porté sa participation dans la société de 40 à 15 % et WBG Development Ltd. (la société du demandeur) a porté sa participation de 10 à 35 %—La Cour de l'impôt a jugé que le demandeur avait disposé de 25 % de sa participation dans la société, ce qui avait donné lieu à un gain en capital—Une distinction doit être faite entre la disposition de la participation dans la société et l'attribution du capital ou du revenu de la société en vertu de l'art. 53(2)c)(v) de la Loi—Aucune attribution du capital de la société en l'espèce—Action rejetée—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 53(2)c)(v) (mod. par S.C. 1974-75-76, chap. 26, art. 24).

STURSBURG C. M.R.N. (T-1268-90, juge Reed, jugement en date du 27-9-91, 9 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

SAISIES

Opposition à la saisie d'une maison pour le paiement des impôts dus par l'ex-mari—L'opposante et le défendeur s'étaient mariés sous le régime de la communauté de biens; ils ont convenu, en 1978, d'adopter le régime de séparation de biens—Le jugement homologuant le partage des biens, selon lequel la maison était transmise à l'opposante, a été enregistré au registre des régimes matrimoniaux—L'acte de partage n'a été enregistré que le 25 octobre 1983—Bref de saisie signifié au défendeur le 7 octobre 1983—Le transfert de propriété d'un immeuble n'est opposable aux tiers que s'il est enregistré—L'enregistrement après la saisie est sans effet—L'exception à l'obligation d'effectuer l'enregistrement est limitée à la possession ouverte et publique—Rien ne permettait à un tiers de croire que la propriété avait changé de mains—Opposition rejetée—Code civil du Bas-Canada, art. 2090, 2091.

WOLF (RE) (ITA-4408-83, juge Denault, ordonnance en date du 23-7-91, 5 p.)

MARQUES DE COMMERCE

PRATIQUE

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance radiant le paragraphe 9 de la nouvelle déclaration conformément à la Règle 419(1)c),d),f), et radiant le reste de la nouvelle déclaration conformément à la Règle 419(1)a)—Le paragraphe 9 est la seule plaidoirie dans laquelle des actes de contrefaçon précis sont attribués à la défenderesse, mais d'une façon trop vague—Le protonotaire adjoint a ordonné à la demanderesse de fournir des détails en alléguant au moins un cas de vente, de mise en vente, de stimulation de la vente et de réclame—Action intentée subséquemment par la défenderesse contre la demanderesse—Il n'y a rien de nouveau dans la nouvelle déclaration—L'ordonnance par laquelle le protonotaire exigeait que des détails soient fournis n'a pas été respectée—La nouvelle partie du paragraphe 9 de la déclaration est radiée—La déclaration de la demanderesse est radiée puisqu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 419(1)a),c),d),f).

HARVEY WOODS INC. C. WOODS CANADA LTD. (T-1443-91, juge Muldoon, ordonnance en date du 1-10-91, 7 p.)

ENREGISTREMENT

Appel de la décision par laquelle le registraire a refusé de proroger le délai d'opposition à l'enregistrement—L'appelante a demandé l'enregistrement de la marque le 7 mars 1989—Elle a été avisée que l'enregistrement d'une marque similaire avait été demandé le 16 mars 1988—Question de savoir si l'omission de faire opposition dans les délais était raisonnablement évitable—L'appelante allègue qu'il n'est pas raisonnable d'obliger de simples petites entreprises à consulter le Journal des marques de commerce—Appel rejeté—L'avis publié dans

MARQUES DE COMMERCE—Suite

le Journal constitue un avis régulier donné à tous—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), chap. T-13, art. 47(2).

KITCHEN CRAFT CONNECTION LTD. C. CANADA (REGISTRAIRE DES MARQUES DE COMMERCE) (T-2975-89, juge Dubé, jugement en date du 29-5-91, 5 p.)

Appel du jugement, [1990] 2 C.F. F-66, par lequel la Section de première instance a conclu que l'art. 9 de la Loi sur les marques de commerce interdisait l'enregistrement de la marque «Olympus»—Demande d'enregistrement de la marque «Olympus» présentée en juillet 1983—La déclaration d'opposition, déposée en septembre 1984, est fondée sur les avis publics donnés à l'égard de plusieurs marques officielles, mais non de la marque «Olympus»—L'avis public selon lequel la marque «Olympus» avait été adoptée à titre de marque officielle a été donné en juin 1986—La Commission des oppositions des marques de commerce a déclaré que puisque la déclaration d'opposition ne faisait pas expressément mention de l'avis public concernant la marque «Olympus» (celui-ci n'ayant pas encore été donné), l'avis n'empêchait pas l'enregistrement—Appel rejeté—L'avis public donné en 1986 constitue un obstacle légal à l'enregistrement—Le droit à l'enregistrement n'a été acquis ni à la date de la demande d'enregistrement ni à la date du dépôt de l'opposition—La possibilité d'enregistrer la marque n'est pas établie tant que l'affaire n'est pas tranchée d'une façon définitive—Il importe au plus haut point qu'au moment où la demande est tranchée, l'avis ait été donné—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), chap. T-13, art. 9(1)n(iii), 12(1).

ASSOC. OLYMPIQUE CANADIENNE C. OLYMPUS OPTICAL CO. (A-644-90, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 5-9-91, 6 p.)

RADIATION

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance radiant l'enregistrement de la marque de commerce «Beam» et du slogan «Don't lug a vacuum . . . plug in a beam» de la défenderesse ainsi qu'en vue de l'obtention d'un jugement déclaratoire selon lequel la défenderesse a attiré l'attention sur ses marchandises de manière à créer de la confusion avec celles de la demanderesse, en violation de l'art. 7b) de la Loi sur les marques de commerce—La défenderesse, Beam du Canada, importe et vend des aspirateurs centraux portant la marque de commerce «Beam» depuis 1976—Les aspirateurs, les pièces et les accessoires sont achetés à Beam Industries en vue de la vente au Canada—Depuis 1957, la demanderesse et son prédécesseur, Beam Industries, vendent des aspirateurs centraux, des pièces et des accessoires aux États-Unis en liaison avec la marque de commerce «Beam»—Dans la demande qu'il a présentée en septembre 1981 en vue de l'enregistrement de la marque de commerce «Beam», le président de Beam du Canada allègue un premier usage en juillet 1976—Il s'agit principalement de savoir qui est le titulaire de la marque de commerce «Beam» au Canada—En vertu de l'art. 16 de la Loi, un requérant a le droit de faire enregistrer la marque de commerce s'il l'a employée ou révélée au Canada en liaison avec des marchandises et si celle-ci ne crée pas de confusion avec

MARQUES DE COMMERCE—Fin

une marque de commerce antérieurement employée au Canada—Beam du Canada est de fait le distributeur de Beam Industries—Au moment pertinent, le défendeur n'«employait» pas la marque de commerce au Canada et n'avait donc pas le droit de la faire enregistrer—Beam Industries était titulaire de la marque à la date où le défendeur l'aurait employée pour la première fois—Par conséquent, l'enregistrement est invalide en vertu de l'art. 18 de la Loi—En ce qui concerne la question de l'abandon, il incombe à Beam Industries d'établir qu'elle n'avait pas abandonné la marque de commerce «Beam» à la date de l'annonce de la demande d'enregistrement de Beam du Canada, soit en 1981 ou 1982—La demanderesse s'est acquittée de la charge de la preuve, de sorte que la question de l'abandon n'est pas fondée—La non-utilisation et l'intention d'abandonner la marque sont des conditions de l'abandon—Le fait que la demanderesse et son prédécesseur apposaient la marque de commerce «Beam» sur les enveloppes d'unités motrices prouve leur intention d'employer la marque afin de distinguer leurs marchandises—La demanderesse a toujours employé la marque de commerce «Beam» au Canada—La prétention de la demanderesse selon laquelle l'enregistrement de la défenderesse est invalide puisque la marque n'était pas distinctive le 5 février 1990 est fondée sur l'art. 18(1)b) de la Loi—Le caractère distinctif est une question de fait—En ce qui concerne la question du caractère distinctif, le critère est celui de l'image donnée au public—En février 1990, l'image avait changé, de sorte que la marque de commerce était distinctive à l'égard de Beam du Canada—Les aspirateurs centraux avec lesquels la marque de commerce «Beam» était liée et employée appartenaient à Beam du Canada—L'allégation de *passing off* fondée sur l'art. 7b) de la Loi que la demanderesse a faite n'est pas fondée en l'absence des éléments essentiels—La durée du retard et la nature des actes commis dans l'intervalle sont les principaux facteurs dont il faut tenir compte lorsque la théorie de l'inertie et de l'acquiescement est appliquée—Délai écoulé entre le moment où la demanderesse a eu connaissance et celui où elle a engagé une procédure judiciaire—Un simple retard ne suffit pas pour invoquer l'acquiescement et l'inertie—Bien que le président de Beam Industries eût connaissance des activités de la défenderesse en ce qui concerne l'enregistrement de la marque de commerce «Beam» au Canada, aucune action n'a été intentée pour faire valoir le droit de la demanderesse—L'inertie et l'acquiescement peuvent être opposés à la demanderesse—La cession de la marque de commerce peut se déduire des faits de l'affaire—Pendant un certain nombre d'années, le président de Beam Industries n'a rien fait à l'égard de l'enregistrement de la marque «Beam» par la défenderesse—Il avait connaissance de la situation dès 1983 ou 1984—Aucune plainte n'a été portée au sujet des enregistrements—Aucune mesure n'a été prise pour montrer que la marque de commerce appartenait en fait à Beam Industries—La marque de commerce «Beam» a été cédée à la défenderesse—La demanderesse ne peut pas contester l'enregistrement de la marque de commerce par la défenderesse—Action rejetée—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), chap. T-13, art. 4(1), 16(1), (5), 18(1).

WHITE CONSOLIDATED INDUSTRIES, INC. C. BEAM OF CANADA INC. (T-343-90, juge Teitelbaum, jugement en date du 30-10-91, 27 p.)

PÉNITENCIERS

Demande visant à faire annuler le refus de transférer la requérante à une installation à sécurité minimale (ISM) à Kingston et à obliger le commissaire à transférer immédiatement celle-ci—La requérante a été condamnée à perpétuité et sera admissible à la libération conditionnelle dans 25 ans—Elle a été incarcérée à la Prison pour femmes de Kingston en 1980—Depuis 1988, elle fait partie des détenues du niveau de sécurité minimale—L'ISM est située dans un bâtiment séparé, de l'autre côté de la route—Les détenues du niveau de sécurité minimale ne sont pas toutes transférées à l'ISM car le nombre de places est limité—Les détenues condamnées à perpétuité ne peuvent obtenir un transfèrement à l'ISM que deux ans avant la date d'admissibilité à la libération conditionnelle—Vu le nombre limité de lits, autoriser le transfèrement des détenues qui seront admissibles à la libération conditionnelle dans plus de deux ans immobiliserait les lits, ce qui réduirait la disponibilité des places pour les détenues purgeant une peine moins longue—Critères de sélection: détenue admissible à la libération conditionnelle dans moins d'un an, se prêtant au programme, ne présentant pas un risque indu pour la collectivité—La requérante ne satisfait pas aux critères de transfèrement puisqu'elle ne sera admissible à la libération conditionnelle que dans dix ans—La requérante soutient qu'il y a eu violation des principes de justice naturelle et de l'obligation de common law d'agir équitablement: violation du droit à la liberté et des principes de justice fondamentale garantis par l'art. 7 de la Charte; application de normes arbitraires; violation de l'art. 9 de la Charte prévoyant la protection contre l'emprisonnement arbitraire; décision prise dans le contexte de différences systémiques de traitement entre détenues et détenus, ce qui porte atteinte aux droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la Charte—Demande rejetée—Le commissaire n'a pas excédé sa compétence et n'a pas violé la Charte ou les droits prévus en common law—La requérante a été soumise aux mêmes critères que les autres détenues—Critères raisonnables compte tenu des circonstances—Tant que des installations meilleures, plus grandes et plus modernes n'auront pas été mises à la disposition des détenues, il faut fixer des critères permettant de déterminer qui sera transféré—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 9, 15.

MALETTE C. CANADA (COMMISSAIRE DU SERVICE CORRECTIONNEL) (T-844-91, juge Dubé, ordonnance en date du 18-9-91, 5 p.)

PEUPLES AUTOCHTONES

TERRES

Requête en modification de la nouvelle déclaration et requête en radiation de certaines parties de la nouvelle déclaration ou en vue de l'obtention de détails—Action intentée en 1975 au sujet de la cession de terres d'une réserve en 1908—Allégation de violation de la fiducie et du rapport fiduciaire, d'inobservation des dispositions obligatoires de la Loi sur les Indiens et d'erreur de fait ou d'erreur mixte de fait et de droit—La somme de 50 millions de dollars est réclamée à titre

PEUPLES AUTOCHTONES—Suite

d'indemnité pour violation de la fiducie—Les demandeurs soutiennent que la modification envisagée vise simplement à donner des détails au sujet d'allégations déjà mentionnées dans la preuve, en particulier en ce qui concerne la politique et la procédure du gouvernement dans le cas de la tenue d'un vote relatif à la cession—Les demandeurs ont l'intention de présenter une preuve de faits similaires pour établir un modèle de fraude, de contrainte et de tromperie—Il est soutenu qu'une fiducie a été créée malgré *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, qui, est-il allégué, est erroné ou peut faire l'objet d'une distinction pour le motif que contrairement à la Loi sur les Indiens de 1952, l'Acte des sauvages de 1906 prévoit une fiducie entre Sa Majesté et les Indiens—La défenderesse soutient que les modifications proposées en ce qui concerne les questions de conseils juridiques indépendants, de la validité du vote relatif à la cession et de l'admissibilité d'une preuve de faits similaires sont chose jugée par suite d'un litige antérieur; que les modifications proposées se rapportant à la pratique, à la politique et aux directives du gouvernement ne soulèvent pas de questions donnant ouverture à une action et ne sont pas pertinentes; qu'elles ne sont pas appropriées car il s'agit de plaidoiries concernant la preuve—La défenderesse cherche à faire radier les paragraphes concernant la violation de la fiducie pour le motif que les demandeurs ne peuvent pas établir une cause d'action fondée sur la violation de la fiducie étant donné que le rapport entre les Indiens et Sa Majesté est de nature fiduciaire, et non une fiducie: *Guerin*—Compte tenu de l'arrêt *Guerin* et d'arrêts subséquents, il est clair et évident que les plaidoiries des demandeurs se rapportant à une cause d'action fondée sur la violation d'une fiducie ne peuvent pas être admises—*Guerin* établit que la Couronne du chef du Canada a une obligation générale de fiduciaire envers les bandes indiennes à l'égard de la cession de leurs terres—*Guerin* ne peut pas faire l'objet d'une distinction fondée sur l'application de dispositions différentes car le droit que les Indiens ont sur leurs terres existait déjà et n'a pas été créé par la Proclamation royale, par la Loi sur les Indiens ou par quelque autre ordonnance du pouvoir exécutif ou disposition législative—La Loi sur les Indiens n'influe pas sur la question de savoir si une fiducie a été créée—Bien que l'arrêt *Guerin* ne dise pas qu'une fiducie ne peut jamais exister entre Sa Majesté et les Indiens et bien qu'il soit possible que l'art. 18(1) en vigueur en 1908 influe sur la nature du rapport fiduciaire entre les demandeurs et la défenderesse compte tenu des relations passées entre Sa Majesté et les Indiens, cet arrêt dit clairement qu'une fiducie n'existe pas dans le contexte d'une cession—*Cardinal c. La Reine*, [1977] 2 C.F. 698 (1^{re} inst.) dans lequel il a été jugé que la preuve de faits similaires n'est pas admissible; la pratique ou la politique, ou l'absence de pratique ou de politique, du gouvernement au sujet de la représentation d'une bande indienne par un avocat indépendant dans le cas d'un projet de cession n'est pas pertinente—Question de savoir si le vote de cession de la bande Enoch est valide plaidée d'une manière concluante dans *Cardinal c. La Reine*, [1980] 1 C.F. 149 (1^{re} inst.); conf. par [1980] 2 C.F. 400 (C.A.); conf. par [1982] 1 R.C.S. 508—Demande de modification rejetée en ce qui concerne la mention de la pratique, de la politique, des actions et des perceptions de Sa Majesté au sujet des terres des Indiens en général, des autres bandes indiennes et des autres cessions—La preuve de faits similaires n'a rien à voir avec les événements se rapportant à la cession de 1908 sur laquelle l'action est fondée—En outre, le

PEUPLES AUTOCHTONES—Fin

juge Mahoney a déjà déclaré que la preuve concernant la cession d'autres terres par des bandes indiennes dans l'Ouest canadien, ou d'autres cessions de terres de la réserve n° 135 n'est pas admissible en l'espèce—Radiation des parties des plaidoiries concernant la question de la violation de la fiducie, examinée dans *Guerin*, la question de l'authenticité du vote de cession, ayant donné lieu à un renvoi à la Cour suprême du Canada, et la question de la preuve de faits similaires, déjà examinée par le juge Mahoney—Les plaidoiries se rapportant à d'autres cessions ainsi qu'à la politique et à la pratique de Sa Majesté en ce qui concerne les Indiens en général donnent lieu à la production d'une documentation volumineuse et à de nombreuses communications; elles ne sont ni pertinentes ni opportunes—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 3—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 3, 401, 419, 420.

BANDE ENOCH C. CANADA (T-2330-75, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 10-10-91, 21 p.)

PRATIQUE

Question de savoir si l'avis de l'appel de l'ordonnance par laquelle la Section de première instance avait radié certains défendeurs de la déclaration porte sur un appel contre une ordonnance interlocutoire, de sorte qu'il ne peut pas être déposé puisque le délai de dépôt prévu à cette fin par l'art. 27(2) de la Loi sur la Cour fédérale est expiré—Le jugement faisant l'objet de l'appel est clairement un jugement définitif bien qu'il ait été rendu à la suite d'une demande interlocutoire—L'avis d'appel a été déposé dans les délais et l'appel peut suivre son cours—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 27 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 51, art. 11).

KEALEY C. CANADA (A-823-91, juge Mahoney, J.C.A., ordonnance en date du 11-9-91, 3 p.)

AFFIDAVITS

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance enjoignant à l'avocat de contre-interroger l'auteur de l'affidavit produit par la partie adverse—L'exigence selon laquelle l'avocat doit exercer le droit de contre-interroger avec diligence a des sens différents selon les circonstances—Aucune urgence réelle en l'espèce—Demande rejetée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 332.1(2),(3) (éditée par DORS/90-846).

BANQUE TORONTO-DOMINION C. HYPOTHÈQUES TRUSTCO CANADA (T-1669-91, juge Cullen, ordonnance en date du 11-7-91, 2 p.)

COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET INTERROGATOIRE PRÉALABLE*Production de documents*

Requête visant à obliger le procureur général du Canada à communiquer des documents et à respecter les engagements

PRATIQUE—Suite

pris pendant le contre-interrogatoire concernant l'affidavit du directeur général, Relations commerciales spéciales, Affaires extérieures—La requête découle d'une demande visant à faire annuler la décision par laquelle le secrétaire d'État aux Affaires extérieures avait établi un plan de répartition de contingents d'importation pour les œufs d'incubation et les poussins en fonction de la part du marché—Pendant le contre-interrogatoire du directeur général, l'avocat du procureur général avait pris divers engagements et avait refusé de communiquer des documents—La seule question en litige se rapporte au refus, fondé sur l'art. 39 de la Loi sur la preuve au Canada, de produire une copie de la note de service au ministre, décrivant les éléments dont ce dernier devait tenir compte, pour le motif qu'il s'agissait d'un document confidentiel—De nombreux arguments invoqués par les requérants ont été examinés dans *Canada (Procureur général) c. Central Cartage Co.*, [1990] 2 C.F. 643 (C.A.), où il a été jugé que la société intimée n'avait pas qualité pour alléguer la violation des art. 7 et 15 de la Charte et que le traitement n'était pas discriminatoire—Compte tenu de *Central Cartage*, les arguments fondés sur la Charte que le requérant a invoqués doivent être rejetés—Le pouvoir de la Cour est restreint dans le cas de l'examen d'un certificat fondé sur l'art. 39—Lorsque le greffier du Conseil privé certifie qu'un document contient des renseignements confidentiels du Cabinet, la Cour ne peut pas exiger la production: *Central Cartage*—Lorsque le document est protégé par le certificat et que les exigences de l'art. 39 ont été respectées, la Cour ne peut pas exiger la production du document dans une instance—Distinction faite avec *Best Cleaners and Contractors Ltd. c. La Reine*, [1985] 2 C.F. 293 (C.A.) pour le motif que, contrairement à la présente espèce, les renseignements avaient déjà été communiqués aux requérants—Requête rejetée—Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), chap. C-5, art. 39.

CANADIAN ASSN. OF REGULATED IMPORTERS C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-2448-90, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 30-9-91, 14 p.)

COMMUNICATIONS PRIVILÉGIÉES

Selon le privilège entre l'avocat et son client, le client ne peut pas être forcé et son avocat n'est pas autorisé, sans le consentement exprès du client, à divulguer les communications verbales ou écrites échangées entre eux sous le sceau du secret professionnel—Ce privilège s'applique aux conseillers juridiques salariés—En l'espèce, le client est «Revenu Canada-Douanes» et les conseillers juridiques salariés sont employés par le ministère fédéral de la Justice—La défenderesse n'est pas obligée de produire les documents décrits comme étant de la correspondance avec le ministère de la Justice, des demandes d'avis juridiques, des notes de service aux contentieux, des notes aux avocats ou des notes prises au cours de conversations avec des avocats—Lorsqu'il n'est pas clair que le document est privilégié, celui-ci doit être remis au greffe pour être examiné par un juge qui déterminera si le refus de communication est justifié.

FRANÇEUR C. CANADA (T-2153-87, juge Martin, ordonnance en date du 16-9-91, 4 p.)

PRATIQUE—Suite

FRAIS ET DÉPENS

Appel de l'ordonnance adjugeant les dépens entre parties à la requérante, laquelle annulait une «ordonnance de protection» accordée antérieurement à la suite d'une demande *ex parte*—La requérante demande maintenant des dépens extraordinaires s'élevant à un million de dollars—Elle allègue que l'ordonnance de protection *ex parte* était incorrecte, et qu'elle avait été demandée à des fins injustifiées et compte tenu d'une preuve par affidavit douteuse—La Cour n'a pas compétence pour examiner un appel de l'ordonnance initialement rendue au sujet des dépens ou pour fixer des dépens d'un montant extraordinaire—Les dépens doivent se rapporter à ceux qui sont engagés dans les procédures devant le Cour et ne sont pas comparables à des dommages-intérêts—S'il était possible d'interjeter appel, ce serait devant la Cour d'appel; l'art. 27(2) de la Loi sur la Cour fédérale exige que l'appel soit interjeté dans les 30 jours à moins que la Section de première instance n'accorde une prorogation de délai—Rien ne permet de proroger le délai pour interjeter appel ou pour obtenir des directives au sujet des dépens—La question du bien-fondé du redressement, du but de la demande et de la preuve aurait dû être soulevée au moment de l'audition—Aucune preuve n'était alléguée—Requête rejetée avec dépens contre la requérante—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 27(2)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 324, 344(7)—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 225.2(13) (édicte par L.C. 1988, chap. 55, art. 170).

SATELLITE EARTH STATION TECHNOLOGY, INC. C. CANADA (T-2308-88, juge MacKay, ordonnance en date du 30-8-91, 4 p.)

Taxation entre parties des frais de première instance de la requérante qui a eu gain de cause en appel—Question de savoir si la Cour fédérale a compétence pour adjuger les dépens contre une administration provinciale—L'officier taxateur n'est pas autorisé à trancher la question en l'absence de directives de la Cour d'appel au sujet des personnes qui doivent payer les dépens—La requérante réclame les frais de déplacement de son avocat de Vancouver à Edmonton—La demande a été présentée à Calgary, puis transférée à Edmonton—Aucune distinction entre l'avocat résident et l'avocat non résident dans une affaire relevant de la Cour fédérale—Il n'existe pas de pratique établie voulant que les frais de déplacement de l'avocat jusqu'au lieu de l'audition soient rejetés—Question de savoir si les débours étaient raisonnablement nécessaires en vue de l'audition—Les frais de déplacement, y compris les frais de voyage par avion, de logement et de repas, son adjugés au complet—Le mémoire de frais, qui s'élevait à 8 090,21 \$, est taxé et adjugé jusqu'à concurrence de la somme de 5 440,91 \$.

FRIENDS OF THE OLDMAN RIVER SOCIETY C. CANADA (MINISTRE DES TRANSPORTS) (T-865-89, officier taxateur Ball, taxation en date du 27-6-91, 9 p.)

Les dépens adjugés dans le cadre d'une requête interlocutoire ne sont pas exigibles avant la conclusion du procès à moins que le paiement immédiat ou paiement immédiat après taxation ne soit expressément ordonné: *Banke Electronics Ltd. v. Olvan Tool & Die Inc.* (1981), 32 O.R. (2d) 630 (H.C.)—Les dépens afférents aux procédures interlocutoires ne sont pas exi-

PRATIQUE—Suite

gibles avant que les dépens de l'action ne soient fixés, autrement la compensation n'est pas possible—Normalement, les dépens relatifs à une requête ne sont pas accordés lorsque des observations sont faites uniquement au moyen d'une lettre non signée par un avocat—En l'espèce, étant donné que la Règle 300.1(1) n'a pas été observée, les dépens sont adjugés à la défenderesse, quelle que soit l'issue de l'affaire, mais ne sont pas immédiatement exigibles—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 300.1(1) (édicte par DORS/90-846, art. 3).

WATERFURNACE INC. C. 803943 ONTARIO LTD. (T-409-90, protonotaire adjoint Giles, ordonnance en date du 12-9-91, 3 p.)

Action en dommages-intérêts découlant de l'incarcération abandonnée après le dépôt d'une requête en radiation de la déclaration—La somme de 250 \$ est adjugée pour tous les services fournis dans l'action devant la Section de première instance jusqu'à la préparation et jusqu'au dépôt des actes de procédure inclusivement: tarif B, art. 1(1)a—Le montant réclamé pour la préparation de la requête par écrit sans comparution n'est pas taxé—Le dossier de la Cour ne montre pas que les dépens ont été adjugés à l'égard de cet article—En vertu de la Règle 344(1), ce pouvoir demeure la prérogative exclusive de la Cour—Mémoire de frais accueilli jusqu'à concurrence de la somme de 250 \$—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 344(1) (mod. par DORS/87-221, art. 2), 346(1.) (édicte, idem, art. 3), tarif B (mod., idem, art. 8), art. 1(1)a)f.

BAILEY C. CANADA (T-626-91, officier taxateur Smith, taxation en date du 22-8-91, 3 p.)

JUGEMENTS ET ORDONNANCES

Demande présentée conformément à la Règle 343(1) en vue d'une nouvelle audition de la demande d'injonction interdisant l'exploitation des bois et forêts tant que le projet n'aura pas fait l'objet du processus fédéral d'évaluation et d'examen en matière d'environnement—Le juge Collier a rendu un jugement oral par lequel il a rejeté la demande à la fin de l'audience—Puisque les questions étaient complexes et étaient longuement débattues dans d'autres demandes, dont l'une est en instance devant la Cour suprême du Canada, il a laissé entendre que le jugement officiel ne serait pas prononcé tant que des motifs écrits ne seraient pas rendus—Le requérant demande que l'affaire soit menée à bonne fin au moyen d'une nouvelle audition avant que des motifs écrits ne soient rendus, de sorte qu'un appel puisse être mis en état—Demande rejetée—Les motifs écrits ne modifient ni le dispositif ni le fait que l'affaire a été tranchée—L'objet de la Règle 343(1) est de permettre une nouvelle audition lorsqu'une affaire est mise en délibéré pendant un laps de temps inacceptable—Ce serait faire preuve de mépris que de prétendre qu'un autre juge ou que le juge Collier puisse juger de nouveau la même affaire—Il n'est pas approprié, et il est même irrégulier, d'ordonner la réparation prévue à la Règle 343—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 324, 343.

WESTERN CANADA WILDERNESS COMMITTEE C. CANADA (MINISTRE DE L'ENVIRONNEMENT) (T-2913-90, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 17-9-91, 2 p.)

PRATIQUE—Suite

Annulation ou modification

Demande en vue d'une nouvelle audition de la requête si le juge n'avait pas en mains l'argumentation de l'intimé au moment où la requête a été tranchée—Dans l'ordonnance, il n'était pas fait mention de l'argumentation de l'intimé—L'argumentation était en fait entre les mains du juge—Demande rejetée.

BARRIGAR & OYEN C. CANADA (REGISTRAIRE DES MARQUES DE COMMERCE) (T-2272-90, juge Strayer, ordonnance en date du 12-6-91, 2 p.)

Demande en vue de l'annulation de l'ordonnance par laquelle la Cour d'appel a refusé d'accorder l'autorisation d'interjeter appel d'une décision de la section du statut de réfugié—Le requérant invoque des faits nouveaux—Traduction écrite et interprétation orale à partir du farsi apparemment imprécises—Décision de la Commission rendue en novembre 1989; demande déposée en janvier 1991—Le plaideur qui demande l'annulation ou la modification doit agir avec toute diligence raisonnable—Demande rejetée.

ROSTMANIAN C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (89-A-1595, juge Hugessen, J.C.A., ordonnance en date du 4-6-91, 3 p.)

Suspension d'exécution

Appel d'une ordonnance (T-442-88, juge Collier, ordonnance en date du 24-7-90, non publiée) par laquelle le juge de première instance a suspendu l'exécution à condition qu'un cautionnement couvrant intégralement la somme visée soit fourni—Aucune erreur de droit—Appel rejeté.

CASDEN C. COOPER ENTERPRISES LTD. (A-605-90, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 3-6-91, 1 p.)

PLAIDOIRIES

Modifications

Appel de l'ordonnance autorisant la modification de l'intitulé de l'affaire de façon à substituer le syndic à la faillite à la demanderesse—Appel accueilli—Le juge des requêtes a commis une erreur en concluant que l'avocat de la demanderesse n'était pas au courant de la faillite de sa cliente en l'absence d'un affidavit à l'appui—Aucune preuve à l'appui de la conclusion implicite selon laquelle le syndic avait l'intention de poursuivre—On ne saurait déduire les intentions du syndic de son silence et de son inaction—Le juge des requêtes a également commis une erreur en autorisant la modification de la procédure conformément à la Règle 324 sans avoir reçu d'observations des défendeurs ou sans avoir été convaincu que ceux-ci avaient eu une possibilité raisonnable de présenter des observations—Il était impossible d'être convaincu de la chose, puisque les défendeurs ont demandé une audition orale quatre jours avant la délivrance de l'ordonnance—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 324, 425.

THREE BUOYS HOUSEBOAT BUILDERS LTD. C. M.R.N. (A-142-90, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 12-9-91, 2 p.)

PRATIQUE—Suite

Requête en radiation

Appel d'ordonnances du protonotaire rejetant une requête en vue de la représentation de la société demanderesse par une dirigeante et accueillant la requête en radiation de la déclaration—La société demanderesse est maintenant représentée par un avocat—La demanderesse n'a pas été entendue à l'égard de la requête en radiation—Une erreur de droit a été commise lorsqu'on a refusé à la demanderesse le droit de répondre à la requête—Directive selon laquelle la requête devait être entendue de nouveau.

DAVID C. KLUGER (T-5-91, juge Martin, ordonnance en date du 22-7-91, 10 p.)

Demande présentée par la défenderesse, Télémedia Inc., en vertu de la Règle 419(1)a), en vue de la radiation de la déclaration pour le motif qu'elle ne relève aucune cause raisonnable d'action—Le mot «évident» impose une lourde charge à la requérante—La requête ne doit pas être accueillie s'il subsiste un doute qu'il existe une cause raisonnable d'action—Le lien entre les deux défenderesses est peut-être tenu ou inexistant—Il ne s'agit pas d'un cas évident—Requête rejetée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 419(1)a).

CHEZ FM, INC. C. TÉLÉMÉDIA COMMUNICATIONS INC. (T-1829-91, juge Joyal, ordonnance en date du 23-9-91, 3 p.)

REPRÉSENTATION PAR PROCUREUR OU SOLICITOR

Requête par laquelle le mari de la demanderesse demande à représenter celle-ci dans une affaire fiscale—La Règle 300 permet à un particulier d'agir seul ou de se faire représenter par un avocat—Demande rejetée—Aucune disposition prévoyant la représentation par un conjoint qui n'est pas avocat—Par analogie à la Règle 300(2) (permettant la représentation d'une société par un de ses dirigeants dans des circonstances spéciales) si l'on doit permettre à un époux de représenter l'autre dans des circonstances spéciales, le requérant est tenu d'établir l'existence de pareilles circonstances—En l'espèce, aucune preuve n'a été fournie à cet égard—Le fait que la chose soit plus commode ne constitue pas une circonstance spéciale—Aucune preuve concernant la raison de l'incapacité de l'épouse d'agir pour elle-même ou de retenir les services d'avocats—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 300 (mod. par DORS/90-846, art. 3).

BISHAY C. M.R.N. (T-1940-91, protonotaire adjoint Giles, ordonnance en date du 9-10-91, 3 p.)

SUSPENSION D'INSTANCE

Demande en vue de la suspension des procédures—Action principale découlant de plaintes déposées auprès de la Commission canadienne des droits de la personne par des fonctionnaires qui alléguaient être victimes de disparités salariales discriminatoires fondées sur le sexe—Action intentée devant la Cour fédérale par les demandeurs qui contestaient la validité de l'ordonnance de la Commission—L'action a été intentée devant la Cour fédérale à un moment où une procédure avait été engagée en vue d'une audition et d'une enquête par la Commission—Suspension des procédures accordée—La Cour devrait hésiter à s'engager dans une instance longue et com-

PRATIQUE—Fin

plexe sur une question de validité lorsque le tribunal est déjà saisi des questions soulevées et que le témoignage d'un expert est nécessaire—La Commission canadienne des droits de la personne a la responsabilité légale d'instruire les plaintes de discrimination, et la Cour devrait donc hésiter à s'engager dans une instance qui ne peut pas être restrictivement définie—La question de l'ordonnance est une question à l'égard de laquelle le tribunal a compétence, et qui peut être soulevée par le demandeur devant le tribunal—À première vue, le tribunal a compétence pour interpréter l'ordonnance et s'il commettait une erreur, il serait assujéti à un examen judiciaire—Les considérations susmentionnées sont conformes à *Société Radio-Canada c. Bouchard et autres* (1988), 23 F.T.R. 285 (C.F. 1^{re} inst.); et *Alliance de la Fonction publique du Canada et autres c. Canada (Conseil du Trésor) et autres* (1990), 36 F.T.R. 182 (C.F. 1^{re} inst.)—Il y va de l'intérêt de la justice que l'action soit suspendue.

CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) C. ALLIANCE DE LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA (T-1059-91, juge Joyal, ordonnance en date du 26-8-91, 7 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

Demande en vue de l'annulation de la décision rendue par le Conseil canadien des relations du travail à l'égard d'une demande d'accréditation—Aucune violation de la justice naturelle—Le fait que le Conseil a présumé que certains faits étaient fondés ne veut pas dire qu'il a présumé les conclusions que la requérante voulait tirer de ces faits ni que d'autres faits établis ne seraient pas pris en considération, en particulier le contenu de décisions antérieures—Demande rejetée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.

UNION DES FACTEURS DU CANADA C. SYNDICAT DES POSTIERS DU CANADA (A-626-90, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 12-9-91, 2 p.)

Demande présentée en vertu de l'art. 28 par l'ancien employeur de l'intimé par suite de la décision d'un arbitre désigné en vertu de l'art. 242(1) du Code canadien du travail—Il a été jugé que l'intimé Thorsen avait été congédié

RELATIONS DU TRAVAIL—Fin

pour une juste cause, mais il s'est néanmoins vu accorder cinq mois de salaire plus les intérêts—La compétence de l'arbitre de rendre la décision est contestée, et non les conclusions de fait—En vertu de l'art. 242, la conclusion selon laquelle il y a eu congédiement juste exclut l'octroi des redressements fondés sur l'art. 242(4)—L'art. 243 n'empêche pas l'examen judiciaire—La Cour ne peut pas faire de distinction entre la conclusion selon laquelle le congédiement était juste et la conclusion selon laquelle le congédiement était fondé sur une juste cause—Les autres conclusions et le dédommagement accordé par l'arbitre constituent un excès de compétence—Demande accueillie—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), chap. L-2, art. 242, 243.

THORSEN C. SILK FM BROADCASTING LTD. (A-992-90, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 25-9-91, 5 p.)

Demande d'examen de la décision relative à l'accréditation rendue par le président suppléant de CRTFP—Inclusion dans l'unité de négociation de cinq employés civils du réseau radiophonique des Forces canadiennes en Allemagne—La CRTFP s'est déclarée incompétente—La Cour a annulé la décision de la CRTFP en se fondant sur la version française de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, qui exclut clairement de la catégorie «fonctionnaire» uniquement les personnes recrutées sur place—Au moment de la nouvelle audition, la CRTFP a conclu que le critère pertinent était l'endroit où les personnes avaient été recrutées, et qu'elles avaient été recrutées au Canada—La présente demande vise à faire examiner cette décision—Le libellé de la Loi montre clairement que la question du lieu où les fonctionnaires ont été recrutés est déterminante et que la CRTFP doit trancher celle-ci à titre de question de fait—La décision de la Commission d'inclure les fonctionnaires dans l'unité parce qu'ils n'exerçaient pas un emploi occasionnel, passager ou éphémère relevait de sa compétence—Le législateur a laissé à la CRTFP le soin de décider quelles personnes doivent être exclues de la catégorie des «fonctionnaires»—Absence de motifs permettant d'annuler la décision de la Commission.

CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) C. ALLIANCE DES ARTISTES CANADIENS DU CINÉMA, DE LA TÉLÉVISION ET DE LA RADIO (ACTRA) (A-102-91, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 13-9-91, 7 p.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne sont pas retenues pour publication intégrale ou abrégée dans le Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada. 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.

AGRICULTURE

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance annulant la décision par laquelle le Bureau intimé avait approuvé la demande d'examen de la situation financière présentée par l'intimé Terry Pettyjohn et en vue de l'obtention d'une ordonnance interdisant au Bureau de consentir à toute autre demande par Pettyjohn et son épouse en vue de la suspension des recours de leurs créanciers—Au début des années 1980, les Pettyjohn avaient emprunté plus de 100 000 \$ à la requérante afin de constituer un troupeau; en 1989, ils avaient manqué à leurs engagements et ils devaient 200 000 \$—La requérante a engagé des procédures devant les tribunaux de la Saskatchewan afin de se rembourser sur le troupeau—À la suite d'une demande au Bureau, les procédures ont automatiquement été suspendues: art. 20 et 23 de la Loi sur l'examen de l'endettement agricole—Lorsque la période de suspension a expiré, l'épouse de Pettyjohn a présenté au Bureau une autre demande qui a donné lieu à une autre suspension—Une série de litiges entre les Pettyjohn et la requérante au sujet de la garde et de l'inventaire du bétail a abouti à la présentation d'une demande par la requérante devant la Cour d'appel de la Saskatchewan en vue de l'obtention d'une ordonnance autorisant la vente du troupeau—Pettyjohn a présenté une autre demande fondée sur l'art. 20—Selon l'art. 33(1) de la Loi sur l'examen de l'endettement agricole il aurait fallu au préalable obtenir le consentement écrit du Bureau, puisque la demande avait été présentée moins de deux ans après la demande précédente fondée sur l'art. 20—Pettyjohn n'a pas obtenu le consentement écrit du Bureau et ne pouvait donc pas présenter la demande—Demande accueillie en partie: ordonnance du Bureau annulée—Loi sur l'examen de l'endettement agricole, S.C. 1986, chap. 33, art. 20, 23, 33(1).

AGRICULTURAL CREDIT CORP. OF SASKATCHEWAN C. BUREAU D'EXAMEN DE L'ENDETTEMENT AGRICOLE POUR LE SUD DE LA SASKATCHEWAN (T-510-91, juge Martin, ordonnance en date du 9-9-91, 11 p.)

ANIMAUX

Appel de l'indemnisation versée par l'intimé par suite de la destruction du troupeau de l'appelant—Des bovins piémontais ont été expédiés du Royaume-uni par avion—L'un des animaux venait d'un endroit où l'on avait constaté un cas d'encéphalite spongiforme des bovins («la tremblante»)—L'animal a

ANIMAUX—Fin

été examiné pour le compte du ministre par un agronome en vue d'une évaluation—Il a été difficile à l'agronome de déterminer la valeur marchande des animaux car cette espèce est rare en Amérique du Nord—Les éleveurs cités comme témoins étaient passionnés pour cette race, mais n'avaient pas vu les animaux—Aucune preuve de ce que les appelants avaient payé au R.-U.—La meilleure preuve est celle du prix de vente d'autres bovins de la même race—La moyenne est utilisée, avec une prime pour la nouvelle lignée—Appel accueilli.

NELSON C. CANADA (MINISTRE DE L'AGRICULTURE) (P-5-90, juge Strayer, jugement en date du 3-10-91, 8 p.)

ASSURANCE-CHÔMAGE

Demande présentée en vertu de l'art. 28 contre la décision rendue par le juge-arbitre—Période de référence fixée à l'art. 7(1) de la Loi—Il faut lire l'art. 7(2) à (7) pour déterminer la période pertinente—Demande rejetée—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), chap. U-1, art. 7 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), chap. 14, art. 1).

JACKSON C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-1073-90, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 5-6-91, 3 p.)

Demande fondée sur l'art. 28 à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt ayant confirmé la décision du ministre selon laquelle le requérant n'avait pas exercé un emploi assurable en 1985 et 1986—Le requérant détenait 50 % des actions donnant droit de vote dans une compagnie mais il en a vendu 10 %—La Cour canadienne de l'impôt a statué que le défaut d'accomplir la formalité exigée par l'art. 71 de la Loi sur les compagnies du Québec rendait le transfert inopposable à la compagnie et que le requérant n'avait donc jamais perdu le contrôle des actions qu'il avait cédées—Conclusion erronée car même si le transfert des actions n'était pas parfait en droit, le requérant a quand même perdu le contrôle effectif des actions cédées au sens de l'art. 14a) du Règlement sur l'assurance-chômage—Demande accueillie—Loi sur les compagnies du Québec, L.R.Q. 1977, chap. C-38, art. 71(1)—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., chap. 1576, art. 14a) (mod. par DORS/78-710, art. 1).

GIROUX C. M.R.N. (A-1092-90, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 26-9-91, 3 p.)

ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin

Demande présentée en vertu de l'art. 28 contre la décision par laquelle la Cour de l'impôt avait conclu que l'emploi de l'intimé était assurable—L'art. 14a) du Règlement prévoit que l'emploi au service d'une société dans laquelle l'employé détient 40 % des actions n'est pas assurable—Jusqu'en 1987, l'intimé était le propriétaire unique de 100241 Canada Ltée—Il a passé un contrat avec sa fille en vue du transfert des actions—Selon le contrat, les actions étaient dorénavant détenues par la fille; cette dernière pouvait exercer un droit de vote à leur égard uniquement lorsque celles-ci seraient payées, les droits de vote étant dans l'intervalle exercés par le fiduciaire; le fiduciaire devait agir conformément aux instructions de l'acquéreur relativement aux affaires courantes; l'approbation du vendeur était requise pour toute décision spéciale ou extraordinaire—Les décisions prises depuis lors, y compris celles concernant les déclarations de dividendes, n'ont été signées que par la fille—Question de savoir si le contrôle effectif des actions était exercé par le vendeur ou par l'acquéreur—Le vendeur s'était réservé un droit de veto sur les questions destinées à protéger le produit de la vente—Le vendeur avait le contrôle réel, mais partiel, sur plus de 40 % des actions—Demande accueillie (juge Hugessen, J.C.A. (dissident)): l'acquéreur avait le pouvoir de décider en toute liberté comment l'entreprise serait exploitée et comment le droit de vote conféré par les actions serait exercé—L'élément de contrôle conservé par le vendeur ne servait qu'à protéger ses intérêts—L'acquéreur avait le contrôle effectif—Règlement de l'assurance-chômage, C.R.C., chap. 1576, art. 14a).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. MALVAUD (A-12-91, juge Desjardins, J.C.A., juge Hugessen, J.C.A. dissident, jugement en date du 20-9-91, 11 p.)

BREVETS**CONTREFAÇON**

La défenderesse importe du triméthoprim (TMP), un médicament antibactérien fabriqué à l'étranger—La demanderesse détient des brevets canadiens sur les intermédiaires TAA et MTBP destinés à la production du TMP, et à l'égard du procédé de fabrication par condensation et cyclisation—Les autres modes de fabrication du TMP sont coûteux et inefficaces—Question de savoir si le procédé de la demanderesse est utilisé dans la production du TMP à l'étranger—Question de savoir s'il y a contrefaçon du brevet—La défenderesse a nié avoir connaissance de la fabrication du TMP importé—La demanderesse a mis à l'essai les comprimés de la défenderesse en vue de déterminer s'ils contiennent les intermédiaires—La demanderesse a invité la défenderesse à être témoin de l'essai, mais cette dernière a refusé—On a décelé la présence de MTBP et de TAA—Selon l'art. 41(2) de la Loi sur les brevets, toute substance formée des mêmes composants et éléments chimiques est réputée avoir été produite par le procédé

BREVETS—Suite

brevet—La défenderesse n'a pas offert de contre-preuve—Les intermédiaires se trouvant dans les comprimés de la défenderesse sont réputés avoir été produits par le procédé de la demanderesse—Revendications de produit et de procédé—Question de savoir si *Sacharin Corp. Ltd. v. Anglo-Continental Chemical Works* (1990), 17 R.P.C. 307 (Ch. D), a été correctement appliquée au droit canadien des brevets par *American Cyanamid Company v. Charles E. Frosst & Company* (1965), 29 Fox Pat. C. 153 (C. de l'É.)—La loi britannique protège expressément l'utilisation indirecte—L'importation de produits fabriqués à l'étranger en utilisant des procédés brevetés au Canada constitue de la contrefaçon—Il existe des exceptions lorsque l'intermédiaire est simplement accessoire—*American Cyanamid* suivi—L'art. 47 de la Loi prévoit que le brevet est valide sauf preuve contraire—L'art. 60 prévoit que les revendications valides sont séparables des revendications invalides—L'art. 41(1) prévoit qu'il ne peut y avoir aucune revendication se rapportant à une substance destinée à l'alimentation ou à la médication, sauf lorsque celle-ci est produite par les modes revendiqués—Question de savoir si le TAA et le MTBP étaient destinés à la médication—Examen de la jurisprudence—La seule utilité revendiquée porte sur la production de médicaments—La revendication de produit est valide si elle dépend du procédé—La revendication de procédé est valide si elle est spécifique au produit revendiqué—La revendication de procédé n'est pas spécifique car il n'y est pas question de l'étape finale de production du MTBP—Étendue des revendications—Question de savoir si l'invention est suffisamment décrite—Le témoin expert de la défenderesse a critiqué l'absence de conditions de réaction—Les normes concernant la description du brevet ne sont pas celles des ouvrages théoriques—Preuve du témoin de la demanderesse: un chimiste compétent qui suit les enseignements du brevet serait en mesure de produire les substance préférées—Inexploitabilité—La défenderesse a déclaré que les réactions revendiquées peuvent créer de nombreuses substances, dont certaines ne sont pas utiles à la fin recherchée—L'inexploitabilité est distinguée de l'inutilité—Si le procédé revendiqué ne produit pas le produit, il est invalide parce qu'il est inexploitable—Si le procédé fonctionne selon la promesse, mais que le produit n'a aucune perspective raisonnable d'avoir une application commerciale ou industrielle, il est invalide parce qu'inutile—L'expert de la défenderesse a témoigné que la réaction n'est exploitable que dans des conditions forcées pour certains substituants de la catégorie revendiquée, mais il n'est pas prouvé que l'expérience a été tentée et a échoué—La charge de prouver l'inexploitabilité n'est pas satisfaite—Question de savoir si l'utilité exige que toutes les substances chimiques produites aient une utilité clinique en médecine—Notion de prévision sensée, selon laquelle l'inventeur peut prédire l'exploitabilité et l'utilité des composés chimiques; si la partie adverse n'est pas en mesure de montrer que la prévision est insensée, la revendication est valide—On n'a pas montré qu'elle n'avait pas l'utilité revendiquée—Caractère évident et inventivité—Critère du technicien versé dans l'art mais sans inventivité établi dans *Beloit Canada Ltd. et al. v. Valmet Oy* (1986), 8 C.P.R. (3d) 289 (C.A.F.)—Le fait que les composés connus réagissaient dans une réaction normale n'empêche pas l'invention—L'exigence de l'inventivité peut être satisfaite si une nouvelle utilisation est conçue—Action

BREVETS—Suite

accueillie en partie, demande reconventionnelle rejetée—Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, chap. P-4, art. 41(1),(2), 47, 60.

WELLCOME FOUNDATION LTD. C. APOTEX INC. (T-80-83, juge MacKay, jugement en date du 14-11-91, 98 p.)

Appel et appel incident d'un jugement ((1986), 10 C.I.P.R. 163) par lequel la Section de première instance avait rejeté l'action en contrefaçon et la demande reconventionnelle visant à faire déclarer le brevet invalide et nul—Le brevet a fait l'objet de concessions et de contrats de licences qui ont été dûment enregistrés au bureau des brevets du Canada—La validité et la contrefaçon du brevet sont en cause—Le juge de première instance a conclu que le procédé Walbar ne contrefaisait pas les revendications 1 à 7 du brevet—L'intimée Walbar achetait des lingots en titane à partir desquels elle produisait des aubes de compresseur pour divers types de réacteurs d'avion—La Cour doit donner effet au mémoire descriptif dans son ensemble lorsqu'elle interprète le libellé de la revendication 1—Le brevet doit être interprété comme s'adressant à une personne versée dans l'art—La contrefaçon d'une revendication est essentiellement une question de fait—La Cour ne doit pas modifier les conclusions du juge de première instance sauf s'il appert que celui-ci a commis une erreur manifeste et dominante faussant l'appréciation des faits—Aucun fondement ne permet d'intervenir dans les conclusions—Le procédé Walbar selon lequel on utilise une courte barre ou un bloc de matériau ne contrefait pas le brevet—L'insuffisance d'une divulgation, comme l'ambiguïté, est un motif d'invalidation d'un brevet—Dès qu'il a dûment été accordé, le brevet est *prima facie* valide en vertu de l'art. 47 de la Loi sur les brevets—Étant donné que la soi-disant «fausse piste» n'a pas expressément été plaidée, Walbar ne peut pas invoquer cet argument—Le juge de première instance a refusé de déclarer le brevet invalide par suite de la décision rendue par la Cour suprême dans *Consol-board Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504—L'inutilité du procédé breveté pour la production d'aubes de compresseur invalide tout le brevet—Le brevet omet une caractéristique essentielle à sa réalisation et contient une divulgation insuffisante—Brevet invalide—Appel rejeté, appel incident accueilli—Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, chap. P-4, art. 47.

TRW INC. C. WALBAR OF CANADA INC. (A-107-91, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 31-10-91, 37 p.)

PRATIQUE

Appel de l'ordonnance par laquelle le protonotaire a exigé que les demanderesses versent chacune un cautionnement de 15 000 \$ pour les frais—Les demanderesses, qui sont des sociétés étrangères, sont respectivement titulaires d'un brevet et d'une licence—Les demanderesses se sont vu attribuer 3 700 000 \$ dans une autre action contre Tye-Sil Corp. concernant le même brevet—Les défenderesses proposent qu'on se fonde sur les dépens de cette action—L'action principale porte sur la question de savoir si le titulaire du brevet a le droit de recouvrer les profits du détaillant après les avoir recouvrés du fabricant—Tye-Sil a convenu d'indemniser la défenderesse si l'action était accueillie—La détermination du montant du cautionnement pour les frais est une décision discrétionnaire—Le protonotaire n'a pas suffisamment tenu compte des faits pertinents—Lorsqu'il y a plusieurs demanderesses, le cautionnement

BREVETS—Fin

ne doit pas être exigé plus d'une fois—Le procès durera probablement moins longtemps que dans l'action antérieure en contrefaçon—Le cautionnement pour un mémoire de frais est fixé à 15 000 \$—Appel accueilli.

DIVERSIFIED PRODUCTS CORP. C. CONSUMERS DISTRIBUTING CO. (T-2342-86, juge Rouleau, ordonnance en date du 27-9-91, 7 p.)

CITOYENNETÉ

Renvoi à la Cour fédérale en vue de la détermination de la question de savoir si Luitjens a obtenu la citoyenneté en dissimulant délibérément des faits essentiels—Le secrétaire d'État a demandé que la citoyenneté de Luitjens soit révoquée conformément à l'art. 9 de la Loi sur la citoyenneté pour le motif que celui-ci avait dissimulé des faits essentiels en obtenant la citoyenneté—Présumée omission par Luitjens de divulguer qu'il était membre du Parti nazi hollandais, qu'il avait participé à la recherche de personnes se cachant des autorités d'occupation allemandes, qu'il avait été déclaré coupable d'avoir aidé et encouragé l'ennemi en temps de guerre et qu'il avait été condamné à l'emprisonnement à perpétuité par contumace—La citoyenneté canadienne a été accordée en 1971—Luitjens est arrivé au Canada avec sa femme et ses enfants en 1961—Il est fort probable que Luitjens a rempli le formulaire d'immigration dans lequel il devait révéler toute condamnation au criminel et indiquer ses adresses depuis 1939—Le secrétaire d'État soutient que Luitjens n'a pas été licitement admis au Canada puisqu'il a obtenu son admission au moyen de fausses déclarations ou en dissimulant délibérément des faits essentiels—Il n'a pas droit à la citoyenneté s'il a été illicitement admis au pays—Luitjens a allégué n'avoir été mis au courant de la déclaration de culpabilité qu'en 1983—Luitjens n'est pas un témoin digne de foi—Luitjens n'a probablement pas été sincère en énumérant ses adresses et ses emplois antérieurs depuis 1939 dans le formulaire d'immigration—S'il avait été sincère, il aurait divulgué la déclaration de culpabilité et son appartenance aux WA et à la Landwacht—Il est fort probable que s'il avait donné des réponses honnêtes, Luitjens n'aurait pas été admis—Il est fort probable que Luitjens savait, par l'entremise de sa famille, qu'il avait été condamné par contumace lorsqu'il a demandé la citoyenneté—Question de savoir si Luitjens était tenu à l'obligation d'ouverture en révélant ses activités passées aux Pays-Bas, son évvasion en Allemagne et finalement son départ au Paraguay—Aucune décision canadienne publiée portant expressément sur l'obligation d'ouverture, en l'absence de questions précises, dans le contexte de la Loi sur la citoyenneté, bien qu'un certain nombre de décisions américaines laissent entendre que l'omission de révéler des crimes de guerre ou d'autres agissements répréhensibles passés constitue une preuve de mauvaise moralité et que les fausses déclarations à ce sujet entraînent l'application des dispositions concernant la dénaturalisation—La loi canadienne et son application sont différentes—Les anciens ministres de la Justice, Pierre Trudeau et Mark MacGuigan, ont exprimé l'avis qu'il n'existait aucune obligation d'ouverture—La Chambre des lords a conclu à l'existence de pareille obligation dans *Zamir v. Secretary of State for the Home Department*, [1980] A.C. 930 (H.L.), décision sur laquelle s'est appuyée la Cour d'appel fédérale du

CITOYENNETÉ—Suite

Canada dans *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Gudino*, [1982] 2 C.F. 40—La Chambre des lords a depuis lors infirmé cette opinion dans *Khawaja v. Secretary of State for the Home Department*, [1983] 2 W.L.R. 321 (H.L.)—La décision rendue dans *Khawaja* est préférable dans le contexte de la Loi sur la citoyenneté—En l'absence de questions pertinentes, il n'existe aucune obligation d'ouverture—Cette Cour ne partage pas l'avis de la Commission d'enquête Deschênes sur les criminels de guerre, à savoir que l'obligation de ne pas dissimuler les faits se rapportant à la demande, même en l'absence de questions pertinentes, implique l'obligation d'ouverture—Luitjens n'était pas tenu de révéler aux autorités de la citoyenneté les activités auxquelles il s'était livré pendant l'occupation des Pays-Bas—Le secrétaire d'État a fait valoir son point de vue selon une forte prépondérance de la preuve—Luitjens a obtenu la citoyenneté canadienne au moyen de fausses déclarations ou en dissimulant délibérément des faits essentiels—Loi sur la citoyenneté, S.C. 1974-75-76, chap. 108, art. 9, 17—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 918, 920.

CANADA (SECRÉTAIRE D'ÉTAT) C. LUITJENS (T-460-88, juge Collier, décision en date du 22-10-91, 49 p.)

CONNAISSANCES REQUISES

Appel de la décision par laquelle le juge de la citoyenneté a refusé d'accorder la citoyenneté à l'appelante parce qu'elle n'avait pas montré une connaissance suffisante du Canada ainsi que des responsabilités et avantages liés à la citoyenneté—La requérante, qui a soixante ans, est établie au Canada depuis dix-huit ans—Ses enfants et ses petits-enfants sont citoyens canadiens—Elle a étudié l'anglais pendant deux ans—Le juge de la citoyenneté a conclu que la requérante parlait suffisamment l'anglais pour satisfaire aux exigences de l'art. 5(1)d) de la Loi sur la citoyenneté—Elle a pu nommer le premier ministre, mais n'a pu identifier son parti; elle a dit que la capitale de l'Ontario était Ottawa—Les mères immigrées à la maison n'ont pas une occasion suffisante d'apprendre une langue officielle, ce qui les empêche de connaître l'histoire, la géographie et les institutions canadiennes—Appel accueilli—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), chap. C-29, art. 5(1)e).

ELANGANGE (RE) (T-2462-90, juge Cullen, jugement en date du 6-6-91, 5 p.)

Demande de citoyenneté rejetée pour le motif que la requérante ne satisfaisait pas aux exigences de l'art. 5(1)e) de la Loi sur la citoyenneté relativement aux connaissances—L'appelante n'avait toujours pas les connaissances requises au moment de l'appel devant la Cour fédérale—Elle a allégué ne pas pouvoir apprendre l'une des langues officielles du Canada, car elle ne sait ni lire ni écrire le cambodgien, sa langue maternelle—Elle a sérieusement tenté d'apprendre l'anglais depuis son arrivée au Canada, mais avec un succès modéré—Il s'agissait de la deuxième demande de citoyenneté qui a été rejetée—L'appelante a demandé à la Cour de recommander au ministre d'exercer son pouvoir discrétionnaire en vertu de l'art. 5(3)a) pour renoncer aux exigences relatives aux connaissances, pour des raisons d'ordre humanitaire—La Cour n'a pas compétence pour faire pareille recommandation—L'art. 14(5) autorise un appel devant cette Cour de la décision rendue par le

CITOYENNETÉ—Fin

juge de la citoyenneté en vertu de l'art. 14(2)—L'art. 14(2) vise la décision d'approuver ou de rejeter la demande—Lorsqu'il est impossible d'approuver une demande en vertu de l'art. 14(2), l'art. 15(1) permet au juge de la citoyenneté de recommander au ministre d'exercer son pouvoir discrétionnaire en vertu de l'art. 5(3)—Le pouvoir conféré par l'art. 15(1) n'est pas une «décision» au sens de l'art. 14(2)—L'art. 14(2) prévoit, comme condition préalable à la prise de décision, que le juge de la citoyenneté doit déterminer s'il y a lieu de faire une recommandation en vertu de l'art. 15(1)—La Cour d'appel ne peut pas examiner la conclusion tirée par le juge de la citoyenneté au sujet de la question de savoir si une recommandation devrait être faite, mais elle peut lui renvoyer l'affaire si elle n'est pas convaincue que les éléments pertinents ont été pris en considération dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire: *Re Hokayem* (1990), 37 F.T.R. 49 (C.F. 1^{re} inst.)—Affaire renvoyée au juge de la citoyenneté en vue d'un réexamen de la question de savoir si le pouvoir discrétionnaire conféré par l'art. 15(1) aurait dû être exercé en faveur de l'appelante avant qu'une décision soit rendue en vertu de l'art. 14(2)—Il ne ressort pas clairement des motifs du juge de la citoyenneté que l'incapacité d'apprendre à lire et à écrire a été prise en considération—Rien n'indique quels éléments ont été pris en considération—La Cour d'appel doit être convaincue que le pouvoir discrétionnaire a réellement été exercé—Le juge de la citoyenneté devrait indiquer les motifs pour lesquels il refuse d'exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur de la requérante—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5(1)e), (3)a), 14(2), (5), 15(1), (2).

KHAT (RE) (T-2883-90, juge Strayer, jugement en date du 23-9-91, 4 p.)

COALITIONS

Requête en vue de l'annulation du refus du Directeur des enquêtes et recherches de mener une enquête en vertu de l'art. 10(1)b) de la Loi sur la concurrence—L'art. 10(1)b) exige que le directeur fasse en sorte qu'une enquête soit menée chaque fois qu'il a des motifs raisonnables de croire qu'il existe des motifs pour que le Tribunal de la concurrence rende une ordonnance en vertu de la Partie VIII—Question de savoir si la décision peut être examinée en vertu de l'art. 28 de la Loi sur la Cour fédérale—Décision purement administrative qui n'a pas à être rendue sur une base judiciaire ou quasi judiciaire—Demande rejetée—Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), chap. C-34, art. 10(1)b) (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), chap. 19, art. 23)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. 7, art. 28.

GAUTHIER C CANADA (DIRECTEUR DES ENQUÊTES ET RECHERCHES) (A-374-91, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 2-10-91, 4 p.)

Pratique—Privilège—Appel de la décision par laquelle le Tribunal de la concurrence a refusé de communiquer des renseignements et de divulguer le nom de témoins—Le privilège propre au litige s'applique aux documents—L'intérêt public qu'il y a à tenir confidentielle l'identité des témoins l'emporte sur l'avantage que présente la communication pour la requérante—La Cour d'appel ne doit pas s'immiscer à la légère dans

COALITIONS—Fin

l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance—Appel rejeté.

HILLSDOWN HOLDINGS (CANADA) LTD. C. CANADA (DIRECTEUR DES ENQUÊTES ET RECHERCHES) (A-684-91, juge Heald, J.C.A., jugement en date du 10-10-91, 3 p.)

CONTRÔLE JUDICIAIRE**DEMANDES DE RÉVISION**

Le 21 août 1991, le défendeur a envoyé 68 demandes de propositions (DDP), celles-ci devant être soumises au plus tard le 11 septembre 1991—La requérante a reçu la DDP le 11 septembre 1991—Question de savoir si, compte tenu de l'obligation d'équité, le défendeur est tenu de proroger le délai—La requérante a allégué que la grève d'un service public avait empêché toute communication téléphonique, et a supposé que le retard était attribuable à l'interruption du service postal—Le défendeur soutient qu'il est tenu de respecter strictement les délais, afin d'empêcher le chaos dans la procédure d'appels d'offres concernant des milliers de DDP—On ne laisse pas entendre que le défendeur a favorisé d'autres entrepreneurs en leur transmettant la documentation par messenger ou par télécopieur—Question de savoir si le défendeur et les soumissionnaires qui ont été retenus devraient être pénalisés par la faute du service postal—Aucune preuve solide que le retard était attribuable à une action syndicale—L'obligation d'équité ne s'applique pas uniquement aux fonctions quasi judiciaires—Le défendeur a agi d'une manière équitable—Demande rejetée.

QUANTUM MANAGEMENT SERVICES LTD. C. CANADA (PROUREUR GÉNÉRAL) (T-2577-91, juge Cullen, ordonnance en date du 15-10-91, 4 p.)

Demandes présentées en vertu de l'art. 28 en vue de l'annulation de la décision portant que la revendication du statut de réfugié n'était pas recevable ainsi que de la mesure d'expulsion prise en conséquence—En ce qui concerne la constitution de l'enquête, il n'y a pas lieu d'établir une distinction entre cette affaire et *Potter c. ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1980] 1 C.F. 609 (C.A.)—En ce qui concerne le présumé conflit entre l'art. 46.01(1)f) de la Loi sur l'immigration et l'art. 7 de la Charte, il n'y a pas lieu de faire une distinction entre cette affaire et *Berrahma c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 C.F. F-33 (C.A.)—Demandes rejetées—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 46.01(1)f) (édicé par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 14)—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n^o 44], art. 7.

LONGIA C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-1059-90, A-1060-90, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 23-9-91, 2 p.)

La décision de l'arbitre est inattaquable contrairement à celle du membre de la section du statut de réfugié—Celui-ci a commis deux erreurs, la première étant qu'il n'a pas tenu compte du témoignage jugé crédible du requérant, et la seconde étant qu'un tribunal de premier niveau ne doit pas

CONTRÔLE JUDICIAIRE—Fin

s'interroger sur ce qu'établit la preuve mais sur les conclusions que le tribunal de deuxième niveau pourrait raisonnablement en tirer—Décision annulée.

SINGH C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-74-91, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 24-9-91, 2 p.)

COURONNE**RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE**

Action en dommages-intérêts fondée sur des allégations de diffamation—À la suite de renseignements fournis par la GRC, le demandeur a été libéré honorablement de l'armée après trois mois de service—Selon les renseignements, le demandeur avait visité l'ambassade russe en 1958, avait épousé les principes communistes, avait fait l'éloge des Russes, mais il y avait également eu des incidents (comme le fait qu'il était soupçonné d'avoir menacé de faire sauter la Tour de la Paix et d'avoir volé du platine du ministère de l'Énergie, des Mines et des Ressources, qu'il avait été trouvé en possession d'une bague volée et qu'il conservait de la dynamite dans un coffre de sûreté) laissant entendre qu'il avait un tempérament impétueux—Les documents montraient que le demandeur avait été libéré à cause de son tempérament impétueux et non parce qu'il était communiste—En 1969, l'autorisation de sécurité pour un emploi dans le gouvernement fédéral a été refusée compte tenu des renseignements fournis par la GRC—Le demandeur n'avait pas peur de soutenir des causes impopulaires: dans les années 1960, il avait fondé le parti «Bulldog» qui s'opposait au bilinguisme; il prônait que l'Ouest canadien devait s'unir aux États-Unis; il avait porté contre le ministère de l'Emploi et de l'Immigration des accusations publiques selon lesquelles les retards dont faisait l'objet le versement des prestations d'assurance-chômage coûtaient aux provinces des millions de dollars en aide sociale—Aucune preuve ne permet d'imputer les difficultés qu'il a par la suite eues avec ce Ministère aux renseignements figurant dans les dossiers de la GRC—Le demandeur avait le droit d'exprimer de tels avis, mais il ne devait pas s'étonner que ses méthodes d'affrontement suscitent des réactions négatives—En 1977, il s'est enfui en Suisse pour éviter des poursuites au sujet d'accusations de faux—À son retour, cinq ans plus tard, les accusations ont été suspendues, probablement parce que le délai qui s'était écoulé rendait difficile la présentation de la preuve—La lettre envoyée à la GRC en 1984 par le secrétariat du service du renseignement de la sécurité, dans laquelle on laissait entendre que le demandeur risquait de s'introduire sans invitation au congrès à la direction du Parti libéral, ne constitue pas de la diffamation—Les autorités chargées de la sécurité devraient être informées de manifestations éventuelles—Le défendeur invoque l'immunité relative liée à certaines conditions «où la personne qui donne des renseignements a un intérêt ou une obligation légale, sociale ou morale, de les donner à la personne à qui elle les fournit et, la personne qui les reçoit a un intérêt ou une obligation correspondante de les recevoir»: *Adam v. Ward*, [1917] A.C. 309 (H.L.), à la p. 334—Étant donné que la GRC a l'obligation juridique de fournir des renseignements aux ministères et organismes du gouvernement qui lui en font la

COURONNE—Fin

demande, et que ces derniers ont l'obligation juridique, dans certaines circonstances, de demander pareils renseignements avant de déterminer si une personne devrait se voir accorder une autorisation de sécurité, la diffusion des renseignements aux ministères en question par la GRC est visée par l'immunité relative—La plupart des renseignements figurant dans les dossiers de la GRC ont été recueillis à la suite d'incidents au cours desquels le demandeur s'est trouvé en conflit avec la loi—Action rejetée.

MULLER C. CANADA (T-1297-88, juge Reed, jugement en date du 27-9-91, 9 p.)

DROIT D'AUTEUR**PRATIQUE**

Outrage au tribunal—Demande visant à faire déclarer la défenderesse coupable d'outrage au tribunal—La demanderesse avait obtenu l'injonction contre le propriétaire de taverne accusé—L'injonction a été signifiée à ce dernier par des policiers qui ont procédé à une perquisition sans trouver d'équipement de décodage d'un signal en provenance d'un satellite—Le témoignage de l'avocat selon lequel on lui avait dit au téléphone que la taverne diffuserait le combat entre Rud-dock et Tyson et selon lequel il avait reçu un appel téléphonique au sujet de l'obtention d'une licence s'est vu accordé peu de poids en l'absence d'une preuve probante de l'identité de l'interlocuteur—Un détective de la police est allé à la taverne et a vu le portier qui portait un microphone et des écouteurs—Il a témoigné que le personnel s'était opposé à ce qu'il entre sans payer le prix d'entrée—Il a vu pendant quelques minutes une entrevue avec les adversaires et le promoteur avant que l'écran ne se couvre de lignes floues sauf pour le message «brouillé»—Le témoin a sans aucun doute vu une partie de l'événement visé par l'injonction—Aucune explication compatible avec la non-culpabilité—Demande accueillie.

COMPLEAT COMMUNICATIONS LTD. C. LUNA BANQUET HALL LTD. (T-1561-91, juge Muldoon, jugement en date du 16-9-91, 5 p.)

DROIT MARITIME**PRATIQUE**

Collision entre le navire défendeur et le navire de la demanderesse—Ce dernier a coulé et il y a eu une fuite de mazout—Le navire défendeur a été saisi—Il avait une valeur de 17,2 millions de dollars (américains)—La demanderesse a réclamé 30 millions de dollars (canadiens)—D'autres réclamations découlant de la fuite de mazout n'ont pas été quantifiées—Les propriétaires du navire défendeur veulent échanger le navire contre une garantie bancaire au même montant conformément à la Règle 1005(1a)—Ils demandent à la Cour de définir et de cristalliser la garantie des réclamants avant de rendre jugement—Ils ne demandent pas que le droit des réclamants au recouvrement soit examiné et ne tentent pas de

DROIT MARITIME—Fin

limiter l'étendue du recouvrement contre les défendeurs *in personam*—Ils désirent fournir une garantie d'exécution au montant de 17,2 millions de dollars (américains) à laquelle tous les demandeurs auront accès et qui servira à régler, en totalité ou proportionnellement, tout jugement—Selon *Actieselskabet Borgestad v. The «Thrift»*, [1905-1907] R.C.É. 97, la seule décision canadienne pertinente, la garantie d'exécution est la substitution d'une garantie personnelle au bien; la garantie ne s'établit que jusqu'à concurrence du bien, indépendamment du nombre ou du total des réclamations—Lorsque le propriétaire d'un navire offre une garantie d'exécution a) correspondant à la pleine valeur du navire et b) offre expressément la garantie à tous les réclamants, il ne peut y avoir qu'un fonds de garantie d'exécution découlant d'un sinistre particulier—Étant donné que les défendeurs peuvent utiliser le navire et, partant, tirer profit de son exploitation, il est opportun d'imposer l'intérêt—Aucune remarque au sujet de la garantie distincte visant les dommages causés par la pollution malgré l'existence d'un avenant distinct à l'égard de la protection et de l'indemnisation en cas de dommage causé par la pollution—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 1005.

TAIYO GYOGYO K.K. C. TUO HAI (LE) (T-1951-91, juge Rouleau, ordonnance en date du 11-9-91, 7 p.)

Éclaircissements au sujet des motifs en date du 11-9-91, conformément à la Règle 337(5)—Le renvoi à *The Thrift*, [1905-1907] R.C.É. 97, ne tranche pas la question de savoir s'il y a lieu de déposer un cautionnement pour chaque réclamation au cas où le total excéderait la valeur de la chose—Les remarques au sujet des réclamations relatives aux dommages dus à la pollution étaient *obiter*—L'avocat est simplement invité à examiner cet autre aspect—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 337(5).

TAIYO GYOGYO K.K. C. TUO HAI (LE) (T-1951-91, juge Rouleau, ordonnance en date du 19-9-91, 3 p.)

DROITS DE LA PERSONNE

Requête en *certiorari* à l'encontre d'une décision de la Commission canadienne des droits de la personne qui a rejeté une plainte déposée par le requérant contre la GRC—Demande d'emploi présentée par le requérant et rejetée pour non-conformité aux exigences médicales—Celui-ci allègue être victime de discrimination fondée sur la déficience et prévue aux art. 7 et 10 de la Loi canadienne sur les droits de la personne—Le genre de poste qu'il recherchait n'existait pas—L'enquêtrice a présenté un certain nombre de documents aux commissaires qui ont décidé qu'il n'était pas justifié de passer à la deuxième étape—Il s'agit là d'une décision purement administrative—La Cour ne doit pas intervenir lorsqu'il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire exercé d'une manière raisonnable et de bonne foi—La Commission a exercé son pouvoir discrétionnaire conformément à la Loi et aux principes jurisprudentiels reconnus en droit administratif—Requête rejetée—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), chap. H-6, art. 7, 10.

MORISSET C. CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) (T-1937-91, juge Dubé, ordonnance en date du 20-9-91, 7 p.)

ENVIRONNEMENT

Requête en vue de l'obtention d'un *mandamus* ou d'une injonction enjoignant à l'administrateur fédéral de faire l'évaluation et l'examen des répercussions sur l'environnement et le milieu social prévus par l'art. 22 de la Convention de la Baie James et du Nord Québécois et par la Loi sur le règlement des revendications autochtones de la Baie James et du Nord du Québec—Subsidiairement, redressement est demandé contre les ministres intimés, en vue de les enjoindre à se conformer au Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement (le Décret)—L'affaire a été entendue immédiatement après *Administration régionale Crie c. Canada (Administrateur fédéral)*, [1991] 2 C.F. 422 (1^{re} inst.) où la nature de la Convention de BJNQ et les obligations de l'administrateur fédéral ont été examinées à fond—Le projet en question, connu sous le nom de projet EM 1, prévoyait la construction d'une centrale d'une capacité de 478 mégawatts installée sur la rivière Eastmain en amont du réservoir Opinaca—Les conséquences environnementales du projet sur les eaux, les poissons, les oiseaux, et ses répercussions sur les autochtones peuvent difficilement être contestées—Il s'agit de savoir dans quelle mesure l'administrateur fédéral ou les ministres intimés sont tenus d'effectuer une étude des répercussions sur l'environnement et sur le milieu social—La Convention de la BJNQ prévoyait pareilles études, mais exemptait le projet hydro-électrique connu sous le nom de «Complexe La Grande»—La teneur entière de l'art. 8 de la Convention de la BJNQ laisse entendre que les signataires savaient que le Complexe La Grande comprenait EM 1, bien que les travaux de construction n'étaient pas encore commencés—Le projet actuel n'apporte aucune modification substantielle au Complexe La Grande—L'art. 8.18 de la Convention de la BJNQ permet l'application, aux développements, d'une loi ultérieure comme le Décret—Lorsqu'il s'agit de déterminer si le Décret s'applique, la principale question est celle de savoir si l'un des ministres intimés participe à la prise de décisions à l'égard d'une initiative qui peut avoir des répercussions environnementales sur une question de compétence fédérale—Le Décret est un texte ou un règlement au sens de l'art. 2 de la Loi d'interprétation: *Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [1989] 3 C.F. 309 (1^{re} inst.) (conf. par (1989), 89 N.R. 72)—Pour créer l'obligation, il suffit qu'un ministre soit au courant de l'initiative, de l'entreprise ou de l'activité, et notamment de la démarche d'un particulier sollicitant la prise de mesures ressortissant aux responsabilités du ministre: *Friends of the Oldman River Society c. Canada*, [1990] 2 C.F. 18 (C.A.)—La demande qui a été faite aux ministres intimés en l'espèce est suffisante pour donner lieu à l'obligation d'effectuer une étude, obligation pouvant être sanctionnée par un *mandamus*—L'obligation du gouvernement fédéral envers les autochtones comprend l'obligation d'appliquer le Décret—Les requérants demandent en outre un *mandamus* enjoignant aux ministres de renvoyer le projet en vue d'un examen public—Dans *Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [1991] 1. C.F. 641 (C.A.), la demande de *mandamus* avait été présentée après l'évaluation initiale—En l'espèce, puisque aucune évaluation initiale n'a eu lieu, il n'existe aucune obligation de procéder au deuxième palier—Il est néanmoins opportun d'accorder un *mandamus* pour assurer l'observation du Décret et exiger une évaluation initiale avec la participation du public. Loi d'interprétation, L.R.C. (1985),

ENVIRONNEMENT—Fin

chap. 1-21, art. 2—Loi sur le règlement des revendications autochtones de la Baie James et du Nord du Québec, S.C. 1976-77, chap. 32, art. 3.

BANDE EASTMAIN C. CANADA (ADMINISTRATEUR FÉDÉRAL) (T-1512-91, juge Rouleau, ordonnance en date du 2-10-91, 19 p.)

FONCTION PUBLIQUE

APPELS

Comité d'appel chargé par la Commission de la fonction publique en vertu de l'art. 21 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique de faire enquête sur la nomination intérimaire sans concours d'une employée—L'intimé a fait valoir qu'il avait mis fin à la nomination intérimaire attaquée et que l'appel était ainsi sans objet—Suivant l'art. 21, l'appel est porté à l'encontre de la nomination et la Commission est liée par la décision du comité d'appel—L'enquête du comité d'appel ne peut être dissociée de la décision qu'il a à rendre—Comme il n'y a plus de nomination à confirmer ou à révoquer, l'appel devient sans objet—Demande rejetée—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), chap. P-33, art. 21.

NOËL C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-941-90, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 9-9-91, 3 p.)

FORCES ARMÉES

Requête en prohibition visant 1) à empêcher l'intimée de détenir le requérant à la caserne militaire d'Edmonton et 2) à obtenir la remise en liberté du requérant en attendant qu'il soit statué sur le fond de l'action déclaratoire attaquant la constitutionnalité et la légalité de la décision de l'intimée—Requête accueillie en partie à certaines conditions.

VEILLEUX C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-2174-91, juge Dubé, ordonnance en date du 28-8-91, 3 p.)

HYPOTHÈQUES

L'appelante a consenti deux prêts hypothécaires à un entrepreneur en 1976 et 1977 aux taux de 12 % et de 10½ % respectivement—La date d'expiration des deux prêts était le 1^{er} novembre 1981—Le 27 octobre 1981, l'appelante a offert à l'emprunteur de renouveler les deux prêts pour un nouveau terme de cinq ans au taux de 19¼ %—Renouvellement accepté le 12 novembre 1981 mais non constaté par acte notarié et non enregistré—Dernier versement effectué le 1^{er} décembre 1981 et mise en vente subséquente de l'immeuble—La Section de première instance ([1986] 1 C.F. F-27) a rejeté l'action de l'appelante au montant de 227 286,11 \$ qui représentait la différence entre le montant de l'indemnité établi en fonction du taux d'intérêt des deux premiers prêts et celui de l'acte de

HYPOTHÈQUES—Fin

renouvellement—L'acte de renouvellement du prêt est-il opposable à la Société?—Celle-ci a confondu les notions de «terme» et de «date d'ajustement» prévues au Règlement national de 1975-76 visant les prêts pour l'habitation—Rien dans la Loi nationale sur l'habitation ou dans le Règlement n'exige que le renouvellement d'un prêt soit fait après l'expiration du terme—La date d'échéance mentionnée dans l'acte de prêt détermine le terme du prêt et ce terme est de cinq ans—Rien non plus ne requiert que l'acte de renouvellement d'un prêt garanti par hypothèque soit fait en forme notariée et qu'il soit enregistré—Aucune formalité particulière n'est prescrite à ce sujet—«L'intérêt au taux prévu par l'hypothèque» devrait se lire «l'intérêt au taux garanti par l'hypothèque»—La Société ne peut pas raisonnablement être considérée comme un tiers—Elle connaissait l'existence et les conditions de l'acte de renouvellement du prêt qui lui était opposable—Appel accueilli—Loi nationale sur l'habitation, S.R.C. 1970, chap. N-10, art. 6(1), 8(1)—Règlement national de 1975-76 visant les prêts pour l'habitation, C.R.C., 1978, chap. 1108, art. 9(3), 17(1), 35(1), (2).

FIDUCIE, PRÊT ET REVENU C. CANADA (SOCIÉTÉ D'HYPOTHÈQUES ET DE LOGEMENT) (A-64-86, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 20-9-91, 15 p.)

IMMIGRATION

Demande visant à faire annuler le rejet de la demande de résidence permanente ainsi qu'à obtenir un *mandamus* enjoignant l'examen de la demande conformément à la Loi sur l'immigration et à son règlement d'application—La demande indique que le requérant avait l'intention d'exercer la profession de «superviseur de chantiers»—Le requérant a obtenu un diplôme d'architecture de l'Inde—Les lettres de références qui ont été jointes disent que le requérant est architecte stagiaire ou architecte adjoint—Le passeport et la carte de visite disent que le requérant est architecte—Absence de preuve documentaire de l'emploi de superviseur de chantier ou de directeur de projet—La description de la profession actuelle correspond davantage à celle de «technicien-spécialiste en architecture» figurant dans la Classification canadienne descriptive des professions (la CCDP)—À la suite d'une demande de présentation d'une preuve additionnelle à l'appui de l'affirmation selon laquelle il était qualifié à titre de surintendant de travaux de construction, le requérant a produit une lettre de l'employeur—L'agent des visas a jugé que la lettre ne donnait pas suffisamment de renseignements au sujet des tâches assumées—Les requérants soutiennent que les catégories de la CCDP ne s'excluent pas les unes les autres en ce sens que le fait pour une personne d'être qualifiée et classée dans une profession ne l'empêcherait pas d'être qualifiée et classée dans une profession connexe—Demande rejetée—Les descriptions de professions figurant dans la CCDP sont fort précises—Les requérants doivent être évalués avec diligence compte tenu des distinctions subtiles—Le système de classification de la CCDP ne constitue qu'un des outils de réglementation de l'immigration—Le facteur offes d'emploi dans la profession est un outil additionnel—La Loi sur l'immigration a pour objet de réglementer l'immigration, y compris la permission et le refus, conformément à la volonté du législateur exprimée dans la loi—On ne

IMMIGRATION—Suite

laisse pas simplement la porte ouverte en vue de permettre l'immigration—La Cour ne tient pas compte de la lettre de l'employeur car elle a été composée après coup, elle est tardive, elle a été rédigée sur commande, elle n'est pas vraisemblable et elle est intéressée—Les remarques que l'agent des visas a faites dans sa lettre, à savoir qu'il subsiste un doute raisonnable au sujet des tâches assumées, n'oblige pas le requérant à présenter une preuve au-delà de tout doute raisonnable—Cela veut simplement dire que le requérant n'a pas fourni de renseignements suffisants au sujet de sa profession pour éclaircir la situation selon la prépondérance des probabilités—Le requérant a délibérément tenté d'inverser la charge modeste de fournir tous les renseignements pertinents—Il n'y a pas eu violation de la justice fondamentale ni erreur de compétence.

KUMAR C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-1356-91, juge Muldoon, ordonnance en date du 7-10-91, 14 p.)

Demande d'autorisation d'engager une procédure en vue de l'obtention d'un *certiorari* annulant la décision par laquelle l'intimé avait refusé la demande de résidence permanente présentée par la requérante pour le motif qu'il n'existait pas suffisamment de raisons d'ordre humanitaire—La lettre de rejet indique que l'agent d'immigration croyait que la requérante n'était pas digne de foi parce que, notamment, elle avait «insisté» sur le fait qu'elle n'était pas mariée, alors que dans la demande, elle avait indiqué qu'elle l'était—Autorisation accordée en vue du dépôt d'affidavits.

XIE C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (91-T-99, juge Martin, ordonnance en date du 27-9-91, 6 p.)

Question de savoir si une infraction commise à l'étranger est visée par le critère de l'équivalence—Appel d'une ordonnance de la Section de première instance—Le juge des requêtes a mal interprété la décision rendue par la Cour d'appel en l'espèce [(1988), 84 N.R. 236]—Appel accueilli.

STEWART C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-384-90, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 5-6-91, 2 p.)

PRATIQUE

La Commission d'appel de l'immigration a accueilli l'appel interjeté à la suite du rejet de la demande de parrainage de la demande de résidence permanente présentée par le petit-fils en se fondant sur l'interprétation de l'expression «personne appartenant à la catégorie de la famille» au sens de l'art. 77(1)b) de la Loi sur l'immigration et de l'art. 4(1)g(ii) du Règlement de l'immigration—L'intimée avait l'intention d'adopter son petit-fils—La mère a donné son consentement spécial à l'adoption—Le Secréariat à l'adoption du Québec, ministère des Affaires sociales, sert d'intermédiaire conformément à l'art. 72.3 de la Loi sur la protection de la jeunesse du Québec—Le rejet est fondé sur la conclusion selon laquelle le petit-fils ne satisfaisait pas aux exigences de l'art. 4(1)g(iii) du Règlement de l'immigration—L'art. 4(1)g(iii) permet à un citoyen canadien ou à un résident permanent de parrainer la demande d'établissement présentée par un enfant de moins de treize ans qu'il a l'intention d'adopter, qui est né hors mariage

IMMIGRATION—Suite

et qui a été confié à un bureau de protection de l'enfance pour adoption—Sens de l'expression «qui a été confié à un bureau de protection de l'enfance pour l'adoption» avant la loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse, le Code civil du Québec et le Code de procédure civile du Québec en 1987—L'appelant soutient que le bureau de protection de l'enfance doit être situé dans le pays où l'enfant réside—Appel rejeté—Étant donné que l'art. 4(1)g(iii) n'indique pas si le bureau de protection de l'enfance est celui du pays de résidence de l'enfant ou le pays d'adoption, il n'est pas nécessaire que la procédure d'adoption se fasse dans le pays d'origine, mais elle peut avoir lieu dans la province qui recevra l'enfant—L'enfant doit être adoptable, ce que le bureau de protection de l'enfance du pays où il réside indique normalement—Le consentement spécial montre clairement que l'enfant était adoptable et devrait suffire aux fins de l'art. 4(1)g(iii)—Le Secrétaire à l'adoption ne s'est pas opposé aux dispositions prévues pour accueillir l'enfant et subvenir à ses besoins et le Règlement n'exige rien de plus—Règlement de l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 4(1)g(iii) (mod. par DORS/84-140, art. 1), 6(1)c(iii) (mod. par DORS/85-225, art. 4; DORS/91-157, art. 1)—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 77(1)b),(3)a) (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), chap. 10, art. 6; (4^e suppl.), chap. 28, art. 33), b)—Loi sur la protection de la jeunesse, L.R.Q. 1977, chap. P-34.1, art. 72.3.

CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) C. SHAW (A-94-89, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 18-9-91, 11 p.)

STATUT DE RÉFUGIÉ

Demande visant à faire annuler la décision par laquelle l'arbitre avait conclu qu'il n'avait pas compétence pour rouvrir l'enquête—En novembre 1989, l'arbitre et le membre de la Commission du statut de réfugié ont conclu que la revendication du statut de réfugié n'avait pas de minimum de fondement—Une mesure d'expulsion a été prise car il avait auparavant été conclu que le requérant appartenait à une catégorie non admissible—Depuis son arrivée au Canada, le requérant s'occupe activement de la Kenya Canadian Society—Il a ouvertement critiqué le gouvernement du Kenya—S'il retourne au Kenya, il craint d'être persécuté à cause de sa participation aux manifestations qui ont eu lieu au Canada en octobre 1989, en janvier 1990 et en mars 1990—En décembre 1989, le président du Kenya a menacé de punir tous les demandeurs du statut de réfugié que le Canada renvoyait au Kenya—La preuve de participation aux manifestations n'a pas été présentée aux audiences portant sur la question du minimum de fondement parce qu'à ce moment-là, aucune menace de persécution n'avait encore été proférée—Le requérant a soutenu que conformément à l'art. 35(1) de la Loi sur l'immigration et à l'art. 7 de la Charte, l'arbitre avait le pouvoir de rouvrir l'enquête pour entendre des éléments de preuve au sujet de la question de savoir s'il était devenu un «réfugié sur place» par suite de la décision selon laquelle sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention n'avait pas de minimum de fondement—Il a soutenu que si de nouveaux éléments de preuve permettent de modifier ou d'infirmer la décision de l'arbitre de prendre une mesure d'expulsion, ce dernier a nécessairement compétence pour rouvrir l'enquête—Prétention

IMMIGRATION—Suite

contraire à *Gray c. Fortier*, [1985] 2 C.F. 525 (C.A.) et à *Kaur c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 2 C.F. 209 (C.A.), où il a été jugé que l'art. 35 n'autorise pas la réouverture d'une enquête afin de recevoir des éléments de preuve se rapportant uniquement à l'ordonnance prononcée au terme de l'enquête puisqu'il s'applique uniquement à de nouveaux éléments justifiant la modification ou l'annulation de la décision antérieure qui a entraîné la mesure d'expulsion—En outre, la décision rendue par l'arbitre et le membre de la section du statut à une audience portant sur la question du minimum de fondement, conformément à l'art. 46.01(1) de la Loi sur l'immigration, n'est pas une «décision antérieure» de l'arbitre au sens de l'art. 35—Dans des circonstances semblables, dans *Ihunwo c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1990), 12 Imm. L.R. (2d) 58 (C.A.F.), la Cour a jugé que l'arbitre n'avait pas compétence pour rouvrir l'enquête—L'art. 46.01(1)c) interdit expressément des revendications successives du statut de réfugié—Renvoi à *Longia c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 3 C.F. 288 (C.A.)—L'art. 24 de la Charte ne confère pas à l'arbitre le pouvoir de rouvrir l'enquête—L'arbitre n'est pas un «tribunal compétent» au sens de l'art. 24—Un «tribunal compétent» est un tribunal ayant compétence sur la personne et l'objet du litige et ayant compétence pour accorder la réparation demandée—L'arbitre siégeant seul n'a pas compétence sur la question (soit celle de savoir si la revendication du requérant a un minimum de fondement)—Seul l'arbitre siégeant avec un membre de la section du statut a compétence pour déterminer si la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention a un minimum de fondement—L'arbitre siégeant à titre d'arbitre n'est pas un tribunal compétent habilité à accorder une réparation fondée sur la Charte—L'arbitre n'avait pas non plus le pouvoir, en vertu de l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982, d'appliquer l'art. 35(1) de la Loi sur l'immigration d'une manière conforme à la Charte: *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 R.C.S. 5—Le tribunal ou l'arbitre siégeant à titre d'arbitre n'a pas compétence à l'égard de l'ensemble de la question qui lui est soumise—Les nouveaux éléments de preuve que l'arbitre peut entendre à la réouverture sont limités à ceux qui se rapportent à l'objet de l'enquête, c'est-à-dire à la question de savoir si le requérant fait partie d'une catégorie non admissible—La preuve relative à la revendication du statut de réfugié ne fait pas partie de la matière sur laquelle l'arbitre a compétence en vertu de l'art. 35—Appel rejeté—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 19, 32 (adopté par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28 art. 11), 32.1 (édicte, idem, art. 12), 35, 46.01 (édicte, idem, art. 14), 112—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n^o 44], art. 7, 24—Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n^o 44], art. 52—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.

SAID C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-631-90, juge Heald, J.C.A., jugement en date du 8-10-91, 14 p.)

Appel de la décision par laquelle la section du statut de réfugié a rejeté la revendication de la requérante—La requérante a

IMMIGRATION—Fin

témoigné qu'elle craignait d'être recrutée de force par une organisation rebelle du Sri Lanka—La Commission a conclu que «rien ne laissait croire» que les rebelles recrutaient les femmes de force—La Commission avait à sa disposition un document interne montrant qu'il y avait des militants parmi les rebelles et que des hommes étaient recrutés de force—Aucune raison valable permettant de rejeter le témoignage de la requérante—Appel accueilli.

SATHANANDAN C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-645-90, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 7-10-91, 3 p.)

Demande d'examen de la décision selon laquelle la revendication du statut n'avait aucun minimum de fondement—Le requérant a témoigné qu'il craignait d'être persécuté en raison des pressions exercées pour qu'il continue à collaborer avec la police secrète chilienne—Question de savoir si, afin d'être admissible à titre de réfugié au sens de la Convention, le requérant doit exprimer les opinions politiques pour lesquelles il serait persécuté—Le requérant peut être un réfugié au sens de la Convention bien qu'il n'ait aucune opinion politique si le gouvernement en place considère que sa conduite est de nature politique—Demande accueillie.

ARANGUIZ C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-695-90, juge Décar, J.C.A., jugement en date du 4-10-91, 2 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

Produit de la disposition d'un bien—Appel de la décision de première instance confirmant la nouvelle cotisation incluant dans le revenu des contribuables pour 1977 la somme de 600 000 \$ versée par Crow's Nest Pass Oil and Gas Co. Ltd. pour des licences d'exploitation de charbon—Les appelants, des prospecteurs, avaient accepté, en 1969, de vendre des licences d'exploitation de charbon en Colombie-Britannique à Crows Nest Industries Ltd.—Le contrat prévoyait qu'une somme de 200 000 \$ serait payée immédiatement, le solde devant être payé sur les premières recettes ou sur le produit de la vente des licences—Il n'y a jamais eu d'extraction de charbon—En 1976, les licences ont été vendues à une filiale qui était liée par le contrat initial—Le paiement a été effectué par la filiale en 1977—Question de savoir s'il y a eu disposition du bien en 1969 ou en 1977—Question de savoir s'il s'agit d'un gain en capital—Pour que l'argent soit recevable, il doit être légalement exigible—Le montant n'a pas été reçu et n'était pas recevable avant 1977—La somme reçue ne constituait pas le règlement d'une réclamation, mais un paiement découlant de la cession de droits—Appel rejeté.

DE LUCA C. M.R.N. (A-251-87, juge Linden, J.C.A., jugement en date du 4-10-91, 7 p.)

CALCUL DU REVENU

Le contribuable a été congédié en 1979—Il a continué à toucher son salaire; le régime de pension de la compagnie a été modifié de façon à prévoir un revenu de pension; une somme forfaitaire a été payée en 1980—La somme forfaitaire n'est pas imposable—La somme payée dans le cadre du régime de pen-

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

sion est imposable à titre de revenu de pension—Le salaire touché est imposable à titre de paiement de cessation d'emploi—Appel rejeté.

WITHERSPOON C. M.R.N. (T-476-86, juge en chef adjoint Jerome, jugement en date du 30-4-91, 7 p.)

Appel de la décision ((1988), 24 F.T.R. 81) par laquelle la Section de première instance a déclaré qu'un commanditaire peut réclamer la déduction d'une perte dont le montant excède celui dont il peut être tenu responsable en ce qui concerne les dettes de la société—Les pertes commerciales de la société sont distinctes des dettes de l'entreprise—Auparavant, il n'y avait pas de report prospectif des pertes de la société—Appel rejeté.

SIGNUM COMMUNICATIONS INC. C. CANADA (A-997-88, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 10-5-91, 2 p.)

Déductions

Appel de la décision par laquelle la Cour de l'impôt a refusé la déduction de la valeur des stocks—La contribuable vendait et louait des voitures—L'art. 20(1)gg) de la Loi autorise un ajustement de 3 % de la valeur des stocks invendus pour compenser l'inflation—Question de savoir si la disposition s'applique aux véhicules loués—Les véhicules ne faisaient pas partie des stocks parce qu'ils généraient un revenu et n'étaient pas disponibles pour être vendus—Le contrat de location était une façon de structurer la vente, car la plupart des véhicules étaient vendus au locataire à l'expiration du contrat de la location—Appel rejeté—Aucun dépens contre la contribuable étant donné qu'il s'agissait d'une question sérieuse—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 43, art. 20(1)gg) (édicte par S.C. 1977-78, chap. 1, art. 14(1)).

PLAZA PONTIAC BUICK LTD. C. M.R.N. (T-1987-83, juge en chef adjoint Jerome, jugement en date du 22-5-91, 6 p.)

Appel du jugement ([1990] 2 C.F. F-51) par lequel la Section de première instance a confirmé la décision par laquelle la Cour de l'impôt avait conclu que l'appelant n'avait pas droit à la déduction prévue par l'art. 8(1)b) de la Loi—Les frais judiciaires payés pour se défendre avec succès contre une accusation au criminel n'ont pas été engagés en vue du recouvrement d'un traitement ou salaire—Appel rejeté.

WILSON C. M.R.N. (A-164-90, juge Hugessen, J.C.A., ordonnance en date du 3-6-91, 2 p.)

Appel du jugement de première instance rejetant l'appel d'une nouvelle cotisation refusant le crédit d'impôt pour la fabrication et la transformation, les crédits d'impôt à l'investissement et la déduction pour amortissement—Le juge de première instance a correctement apprécié la preuve—La compagnie ne s'occupait pas principalement de la transformation de marchandises pour la vente—Elle avait principalement pour tâche de fournir des services médicaux aux gens et aux médecins—L'affaire est essentiellement semblable à *Dixie X-Ray Associates Ltd. c. La Reine*, [1988] 1 C.T.C. 69 (C.F. 1^{re} inst.)—Les affaires *Halliburton Services Ltd c. La Reine*, [1985] 2 CTC 52 (C.F. 1^{re} inst.); [1990] 1 C.T.C. 427 (C.A.F.) et *Nowco Well Service Ltd. c. La Reine*, [1988] 2 C.T.C. 24 (C.F. 1^{re} inst.); [1990] 1 C.T.C. 416 (C.A.F.), dans lesquelles la production et la vente du produit constituaient la caractéris-

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

tique prédominante des activités de la compagnie, ont fait l'objet d'une distinction—Appel rejeté.

REG RAD TECH LTD. C. CANADA (A-455-90, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 4-9-91, 2 p.)

Entreprise agricole

Le demandeur, qui est médecin et chirurgien, a cherché à déduire des pertes agricoles d'autres sources de revenu pour les années 1980 à 1983—Le ministre a limité les déductions à 5 000 \$ par année en vertu de l'art. 31 de la Loi de l'impôt sur le revenu pour le motif que l'agriculture n'était pas la principale source de revenu du contribuable—Le demandeur a allégué avoir changé d'orientation professionnelle en 1979 en se consacrant moins à la médecine pour concentrer ses efforts sur l'agriculture dans l'espoir d'en tirer son revenu principal—Appel accueilli—Résultat combiné de *Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480; *Morrissey c. Canada*, [1989] 2 C.F. 418 (C.A.); et de *La Reine c. Roney, C.H.* (1991), 91 DTC 5148 (C.A.F.); une fois qu'il est reconnu que la ferme est exploitée à titre d'entreprise, c'est-à-dire qu'il y a une expectative raisonnable de profit, le contribuable ne peut se soustraire à l'application de l'art. 31 qu'en démontrant que l'agriculture constitue la «source principale» de revenu—Les éléments dont il faut tenir compte comprennent le temps consacré, les capitaux engagés et la rentabilité présente et future—En outre, il faut établir la possibilité que l'agriculture produise la plus grande partie du revenu du contribuable, les autres sources demeurant accessoires—L'interprétation donnée par la Cour d'appel à *Moldowan* nécessite l'existence de circonstances inhabituelles, comme celles qui existaient dans *R. c. Graham*, [1985] 2 C.F. 107 (C.A.), où la preuve présentée établissait non seulement que le contribuable avait travaillé fort, qu'il avait consacré du temps et engagé des capitaux, mais aussi que la ferme lui rapporterait vraisemblablement un profit—On impose une lourde charge au contribuable qui a deux sources de revenu en l'obligeant à prouver le caractère raisonnable de ses prévisions de rentabilité—Il ne fait pas de doute que l'agriculture ne représentait pas pour le contribuable une entreprise secondaire seulement—Le temps consacré, les capitaux investis dans la ferme et dans le bétail ainsi que l'adoption des innovations technologiques dans le domaine de l'élevage de Simmental et l'excellente réputation du contribuable en tant qu'agriculteur indiquent un changement d'orientation professionnelle, celui-ci laissant de côté la médecine pour se tourner vers l'agriculture—En raison de circonstances indépendantes de sa volonté, comme la baisse du prix des Simmental, les taux d'intérêt élevés et l'impossibilité d'obtenir d'autres prêts, le demandeur n'a pas pu réaliser de profits—Caractère raisonnable de l'expectative de profit—L'augmentation du revenu tiré de l'exercice de la médecine après les années en question s'explique uniquement par la nécessité de produire des fonds pour assurer le maintien de la ferme—Pour les années 1980 à 1983, le revenu du demandeur provenait principalement de la combinaison de l'agriculture et de l'exercice de la médecine—Les dispositions de l'art. 31 relatives à la perte agricole restreinte ne s'appliquent pas—Loi de l'impôt sur le

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 31 (mod. par S.C. 1973-74, chap. 14, art. 7; 1979, chap. 5, art. 9).

WHITE C. M.R.N. (T-398-87, juge Rouleau, jugement en date du 25-10-91, 22 p.)

COMPAGNIES ASSOCIÉES

Appel du jugement par lequel la Section de première instance a rejeté l'appel des nouvelles cotisations—La contribuable avait versé des honoraires à une compagnie des Bermudes appartenant à 100 % à Peter Cundill, qui était propriétaire de 50 % de la compagnie contribuable—L'art. 212(1)a) de la Loi prévoit une retenue d'impôt sur les honoraires de gestion versés à un non-résident—Question de savoir si la contribuable et la compagnie des Bermudes sont liées—Le juge de première instance a conclu que Peter Cundill était le «cerveau» des deux compagnies—Il a conclu que le fait que la contribuable comptait sur Peter Cundill conférait un fort avantage à la compagnie des Bermudes dans les négociations—Conclusions de fait étayées par la preuve—Appel rejeté—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 212(1)a).

PETER CUNDILL & ASSOCIATES LTD. C. CANADA (A-58-91, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 3-10-91, 5 p.)

PRATIQUE

Requête en radiation de la déclaration fondée sur le motif que la Cour n'est pas compétente et que l'instance est vexatoire—Il n'est pas manifeste et évident que le demandeur n'a pas de cause d'action ou que l'instance est vexatoire—Requête rejetée.

NATION DÉNÉE C. CANADA (T-148-91, juge Pinard, ordonnance en date du 7-6-91, 3 p.)

INJONCTIONS

Requête en injonction interlocutoire et intérimaire ordonnant au défendeur-intimé, le directeur de l'aéroport de Dorval, de donner suite à la décision du directeur par interim de procéder au tirage au sort des candidatures reçues et de délivrer les permis aux propriétaires des véhicules-taxis en conformité de ladite décision—La Commission aéroportuaire de Dorval a conseillé le directeur de l'aéroport relativement à la délivrance et aux modalités des permis à l'aéroport de Dorval, conformément au Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement—Le directeur des opérations terrestres de l'aérogare de Dorval a reçu instruction du ministre des Transports de procéder au tirage au sort «d'une manière non conforme à la décision» du directeur en décernant 47 permis (au lieu de 30) pour la Ligue A-12—L'intervention du ministre n'est pas acceptable sauf lorsqu'un texte législatif l'habilite à intervenir—Selon les art. 11 et 14 du Règlement, c'est le directeur qui a le pouvoir discrétionnaire de décider d'octroyer les permis en question et non le ministre—Le directeur a donc agi illégalement en exerçant son pouvoir discrétionnaire sous les dictées ou le commandement d'une autorité supérieure—Délégation de pouvoir illégale—Requête accueillie—Règlement sur

INJONCTIONS—Fin

l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement, DORS/79, art. 11(1), 13, 14.

LIGUE DE TAXIS DE MONTRÉAL INC. (A-11) C. GAUTHIER (T-2367-91, juge Dubé, ordonnance en date du 30-9-91, 7 p.)

MARQUES DE COMMERCE**PRATIQUE**

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance ajoutant le nom du défendeur désigné et appliquant à celui-ci l'ordonnance Anton Pillar [(1988), 23 C.P.R. (3d) 436 (C.F. 1^{re} inst.)] qui oblige les défendeurs à permettre aux avocats de la demanderesse d'avoir accès à leurs présentoirs et locaux pour enlever les fausses montres Rolex—Le défendeur est un vendeur de rue qui allègue que les conditions de l'ordonnance sont trop générales—Il n'a pas montré qu'il possédait les marchandises litigieuses par inadvertance—Il n'est pas plausible que toutes les marchandises soient destinées à des parents au Nigeria—L'ordonnance rendue contre «John Doe» n'est pas moins efficace lorsqu'elle vise le défendeur désigné—Ordonnance accordée.

MONTRES ROLEX S.A. C. LIFESTYLES IMPORTS INC. (T-476-88, juge Reed, ordonnance en date du 11-6-91, 4 p.)

Demande d'injonction interlocutoire interdisant aux défenderesses de continuer à violer le droit d'auteur et d'employer la marque de commerce «Bruttini Uomo & Design» en liaison avec des chemises et d'autres vêtements—Marque de commerce «Bugatchi Uomo & Design» de la demanderesse—Le critère préliminaire de la question sérieuse à trancher a été satisfait, mais il n'existe aucune preuve de préjudice irréparable—Avant *Syntex Inc. c. Novopharm Ltd.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 129 (C.A.F.), il existait une jurisprudence selon laquelle lorsque la violation d'un droit d'auteur ou d'une marque de commerce était évidente, il existait un préjudice irréparable, c'est-à-dire le préjudice irréparable inhérent au droit de propriété—Motifs pour lesquels le préjudice irréparable est considéré comme inhérent: (1) atteinte au droit du propriétaire à l'emploi exclusif reconnu par la loi; (2) perte du caractère distinctif de la marque de commerce; (3) reconnaissance implicite d'une licence obligatoire si le droit du propriétaire n'est pas protégé; ou (4) perte inévitable de la part d'un marché bien établi, créé grâce à des marchandises visées par la marque de commerce, au profit d'un tiers qui y entre en employant la marque sans autorisation—Le juge Heald, J.C.A., a jugé qu'il n'existait aucune preuve à l'appui des quatre éléments du préjudice irréparable—Il s'agissait simplement de «perceptions»—La conclusion selon laquelle la simple violation du droit de propriété sur la marque de commerce constitue un préjudice irréparable est paradoxale puisque le «droit de propriété» est en cause—La solvabilité financière de la défenderesse n'est pas contestée—Preuve par affidavit selon

MARQUES DE COMMERCE—Fin

laquelle la défenderesse est une société beaucoup plus importante que la demanderesse et qu'elle peut tenir une comptabilité et payer les dommages-intérêts si on lui ordonne de le faire—L'injonction interlocutoire est un recours extraordinaire en *equity* qui ne devrait pas être accordé à la légère—Demande rejetée.

MACDAN INC. C. INTERNATIONAL CLOTHIERS INC. (T-1812-91, juge Dubé, ordonnance en date du 17-9-91, 3 p.)

PEUPLES AUTOCHTONES

Requête en *certiorari* visant à faire casser la décision de l'intimé d'engager une candidate prétendument non admissible à un concours, à faire annuler ledit concours et à ordonner la tenue d'un autre concours—La Cour fédérale a compétence en l'espèce en vertu de l'art. 18a) de la Loi sur la Cour fédérale puisqu'un conseil de bande est un «office fédéral» au sens de l'art. 2 de cette Loi—Concours tenu en vue de combler le poste de directrice d'une maison d'hébergement pour femmes—Aucune des trois candidates ne répondait à toutes les conditions stipulées à l'avis de concours—Le poste a été offert à la personne qui a obtenu la meilleure note, même si elle ne possédait qu'une scolarité de secondaire IV—La requérante soutient que l'intimé n'a pas agi équitablement—Toutes les décisions n'entraînent pas l'obligation d'agir équitablement—Puisque en l'espèce, il s'agit d'un refus d'embauchement et non d'un congédiement, l'obligation de l'employeur à l'équité procédurale est moins onéreuse, mais elle existe tout de même—Le conseil de sélection a donné la même chance à chacune des trois candidates—Compte tenu de la nature de la décision et de la relation entre les parties, le Conseil n'a pas manqué à son devoir d'agir équitablement—Requête rejetée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 2, 18a).

EINISH-VOLLANT C. CONSEIL DES INDIENS MONTAGNAIS DE SCHEFFERVILLE (T-1709-91, juge Dubé, ordonnance en date du 27-8-91, 8 p.)

TERRES

Demande d'ordonnance permettant le contre-interrogatoire concernant l'affidavit déposé à l'appui de la requête visant à substituer la bande de Stoney aux demandeurs désignés et à permettre le dépôt d'un désistement—La bande de Stoney avait négocié avec les défendeurs un règlement concernant les droits minéraux—Question de savoir quelle bande représente les autochtones visés par le règlement—La requête présentée par la bande de Stoney est rejetée sans qu'il soit porté atteinte au droit de présenter une nouvelle demande—Contre-interrogatoire autorisé.

BANDE INDIENNE DE BEARSPAW C CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN) (T-2377-88, juge Cullen, ordonnance en date du 16-5-91, 4 p.)

PRATIQUE

COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET INTERROGATOIRE
PRÉALABLE*Production de documents*

Requête en *mandamus* ordonnant à l'intimé de remettre au requérant certains documents saisis dans sa cellule—L'intimé n'a jamais refusé de remettre au requérant les documents et la papeterie en question—Requête rejetée.

DÉGARIE C. CANADA (DIRECTEUR DU PÉNITENCIER, STE-ANNE DES PLAINES) (T-3386-90, juge Dubé, ordonnance en date du 16-9-91, 2 p.)

FRAIS ET DÉPENS

Les défenderesses ont présenté un mémoire de frais entre parties dans lequel figuraient des honoraires de 250 \$ pour la comparution à l'audition d'une requête contestée—Le demandeur a présenté la requête pour qu'elle soit entendue le 15 janvier 1990—L'avocat de la défenderesse a passé du temps à la Cour, mais n'a pas eu à se présenter devant le juge—Le jour de l'audition, l'avocat du demandeur a transmis au greffe une copie d'un avis de retrait de la requête—Désistement d'action le 18 janvier 1990—Question de savoir si la défenderesse a droit aux honoraires pour la «demi-journée passée à la Cour» lorsqu'aucune observation n'est présentée—Des circonstances exceptionnelles doivent exister pour permettre l'attribution d'honoraires, lesquelles ont été établies en l'espèce—Les dispositions du tarif doivent être interprétées en fonction de la pratique courante du droit—Les dépens, qui s'élevaient à 1 122,36 \$, ont été taxés et accordés jusqu'à concurrence de la somme de 642,36 \$—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, tarif B, art. 1(1).

A'HEARN C. ALTRANS EXPRESS LTD. (T-79-90, officier taxateur Stinson, taxation en date du 1-10-91, 4 p.)

PARTIES

Jonction

Demande présentée par John Labatt Ltd. en vue d'être constituée partie intimée—La demande dans l'action principale visait à l'obtention d'un *certiorari* annulant la décision prise par le registraire intimé dans des procédures d'opposition où Labatt s'était opposée à l'enregistrement par Molson de la marque de commerce «Export»—La Cour peut constituer une partie intimée dans une requête—La partie doit avoir un intérêt direct dans la question même à trancher—L'opposante, dans une procédure d'opposition, peut être touchée financièrement ou dans ses droits par la décision du registraire—Il arrive souvent que le registraire ne compare pas dans les procédures attaquant ses propres décisions—Demande accueillie.

MOLSON BREWERIES CANADA, SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF C CANADA (REGISTRAIRE DES MARQUES DE COMMERCE), (T-2320-91, juge Dubé, ordonnance en date du 9-10-91, 4 p.)

PRATIQUE—Suite

PLAIDOIRIES

Détails

Les commentaires contenus dans l'affidavit du demandeur n'ont ni crédibilité ni pertinence en ce qui concerne l'impartialité des juges de cette Cour envers lui—Documents vexatoires et scandaleux—Requête inutile, par conséquent rejetée—Dépens adjugés contre le demandeur sur la base entre parties.

KIBALE C. CANADA (T-1891-88, juge Strayer, ordonnance en date du 3-10-91, 2 p.)

Requête en radiation

La défenderesse cherche à faire radier la déclaration des défenderesses, en vertu de la Règle 419(1)(a), au motif qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action—Les mots «évidents» et «au-delà de tout doute» imposent à la requérante un lourd fardeau—Une telle requête ne sera accueillie que lorsqu'il est évident que la déclaration est dénuée de mérite ou ne peut réussir—En l'espèce, les défenderesses allèguent des agissements discriminatoires et grossièrement négligents de la part de la défenderesse—Si cette négligence était la cause du préjudice subi, cela constituerait une cause d'action—Requête rejetée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 419(1)(a).

INCENDEX INC. C. CANADA (T-429-91, juge Joyal, ordonnance en date du 23-9-91, 4 p.)

PRESCRIPTION

Action en dommages-intérêts intentée en vertu de l'art. 36(1) de la Loi sur la concurrence à la suite du refus de la défenderesse de respecter une commande d'achat d'outils—Poursuite intentée par Consommation et Corporations Canada contre la défenderesse qui, le 13 avril 1989, a plaidé coupable à l'accusation d'avoir illégalement refusé de fournir un produit, à savoir des outils électriques Makita—Les demandeurs ont ensuite intenté leur action le 3 octobre 1989 pour dommages subis à cause du comportement fautif de la défenderesse—Requête intentée par la défenderesse visant à faire rejeter l'action des demandeurs au motif qu'elle est prescrite—L'action aurait dû être intentée dans un délai de deux ans suivant la date du comportement fautif qui se serait produit entre le 8 janvier et le 25 mars 1985, conformément à l'art. 36(4) de la Loi sur la concurrence—Aucun lien ou rapport entre les procédures pénales et le comportement fautif de la défenderesse, permettant d'interrompre ou de suspendre la prescription—Les actes visés par les procédures pénales ne sont pas les mêmes que ceux qui constituent le fondement de l'action des demandeurs—Action prescrite—Les amendements proposés par les demandeurs ne serviraient pas à corriger de simples erreurs de forme commises par inadvertance mais seraient plutôt de nature à créer une nouvelle cause d'action non fondée sur les mêmes faits—Requête accueillie, action rejetée—Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), chap. C-34, art. 36(1),(4).

BÉRUBÉ C. MAKITA OUTILS ÉLECTRIQUES CANADA LTÉE (T-2096-89, juge Joyal, ordonnance en date du 23-9-91, 15 p.)

PRATIQUE—Suite**SUSPENSION D'INSTANCE**

La défenderesse a demandé la suspension ou le rejet des procédures—La déclaration a été déposée le 29 juillet 1986—Les parties attendent que la C.S.C. rende une décision portant sur des faits similaires—La défense a été déposée le 5 mars 1987—La demanderesse a envoyé la liste des documents le 23 mars 1988—La demanderesse a accepté de fournir une ébauche d'un exposé conjoint des faits—Elle a envoyé l'ébauche le 15 mai 1990, et a écrit à deux reprises en vue d'obtenir une réponse—La défenderesse a demandé la suspension en juin 1991—Les témoins auront oublié de nombreux faits—Les transcriptions de la Cour de l'impôt sont disponibles

PRATIQUE—Fin

pour rafraîchir leur mémoire—Le retard, avant le mois de mars 1987, résultait d'une entente ou était attribuable à la défenderesse—Depuis lors, le retard résulte de l'omission de déposer les listes de documents—Requête rejetée.

CANADA C. AQUA-GEM INVESTMENTS LTD. (T-1727-86, protonotaire adjoint Giles, ordonnance en date du 8-10-91, 3 p.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne sont pas retenues pour publication intégrale ou abrégée dans le Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada. On peut demander une copie du texte complet de toute décision de la Cour fédérale au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

ACCÈS À L'INFORMATION

La défenderesse a supprimé certaines parties de documents en invoquant la sécurité nationale et d'autres motifs—La Cour a entendu le déposant à huis clos—La Cour a examiné les documents et a interrogé le déposant au sujet des motifs des suppressions—Compte tenu des circonstances, les suppressions étaient justifiées et n'allaient pas plus loin que nécessaire pour la sécurité nationale—Demande rejetée.

WOODARD C. CANADA (COMMISSION NATIONALE DES LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES) (T-1348-89, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 30-8-91, 5 p.)

ASSURANCE-CHÔMAGE

Demande fondée sur l'art. 28 de la Loi sur la Cour fédérale en vue de faire annuler une décision rendue par un juge-arbitre en vertu de la Loi sur l'assurance-chômage—L'intimé a touché des prestations d'assurance-chômage du mois de mai 1987 jusqu'au début de novembre suivant—L'Université Laval lui a versé un salaire pour la période du 31 août au 7 novembre 1987—La Commission de l'emploi et de l'immigration a réclamé à l'intimé la somme de 850 \$ représentant le montant des prestations reçues sans droit—Le conseil arbitral a rejeté l'appel de l'intimé qui a porté sa cause devant un juge-arbitre—Celui-ci a donné raison à l'intimé en disant que ce dernier n'était pas employé avant la fin d'octobre 1987 et que les sommes payées par l'université n'auraient dû être réparties qu'à partir de cette date—Le juge-arbitre a commis deux erreurs, la première étant de décider que l'intimé n'avait pas travaillé à l'université avant la fin d'octobre 1987—Pour répartir la rémunération payée en vertu d'un contrat de louage de services au cours duquel les services n'ont pas toujours été rendus, il faut tenir compte de la période pour laquelle la rémunération était payable plutôt que des dates où l'employé a exécuté ses fonctions—Le juge-arbitre a également eu tort de considérer que la rémunération due en vertu d'un contrat de louage de services ne peut jamais être répartie sur une période antérieure à la date à laquelle le contrat a été conclu—Demande accueillie—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), chap. U-1, art. 79, 95.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. SYLVAIN (A-769-90, juges Pratte, Marceau et Décary, J.C.A., jugement en date du 29-11-91, 10 p.)

ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin

Demande visant à faire annuler la décision du juge-arbitre—Le juge-arbitre n'a pas statué sur les questions dont le conseil arbitral avait été saisi, c'est-à-dire le montant de la rémunération devant être réparti et la période sur laquelle ce montant aurait dû être réparti, mais a renvoyé l'affaire à un nouveau conseil arbitral pour que celui-ci détermine si l'emploi était exclu au sens de l'art. 13 du Règlement de l'assurance-chômage puisqu'il n'avait pas été prouvé que le prestataire avait été employé pendant plus de 15 heures par semaine—Le M.R.N. a déjà décidé que l'emploi de l'intimé était assurable—Demande accueillie—Aux fins de l'instance, la décision du ministre est définitive—Le juge-arbitre doit statuer sur les questions qui lui ont été soumises en appel—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., chap. 1576, art. 13 (mod. par DORS/80-805, art. 1).

CANADA C. CASSIDY (A-818-90, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 5-11-91, 3 p.)

BREVETS

CONTREFAÇON

Action en contrefaçon des revendications 1 à 6 du brevet canadien 1,150,616 concernant une fermeture pliante faite en sections—Les défenderesses nient la contrefaçon du brevet et allèguent que les revendications 1 à 6 du brevet sont nulles et invalides vu l'absence de nouveauté, l'anticipation et l'évidence de l'invention et le fait que les revendications du brevet sont plus larges que l'invention décrite—Le brevet en question décrit et revendique une invention pour solutionner un problème relatif à l'installation de portes pliantes—L'usurpation des droits rattachés aux brevets est une question mixte de fait et de droit—Il incombe à la Cour d'interpréter d'abord les revendications du brevet et ensuite de décider si le produit fabriqué, vendu et distribué par la partie défenderesse contrefait ce brevet—Les demanderesses ont prouvé la contrefaçon que le produit des défenderesses à qui elles reprochent d'avoir contrefait le brevet comporte tous les éléments de chacune des revendications présumément enfreintes—Dans le cadre de la demande principale, les demanderesses ont prouvé la contrefaçon à l'égard de certaines des revendications—Les revendications 1 à 6 du brevet en question sont donc invalides pour absence de nouveauté, antériorité, évidence ou parce que les

BREVETS—Fin

revendications sont plus larges que l'invention décrite—Les revendications 2, 3, 4 et 5 n'ont pas été contrefaites—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), chap. P-4, art. 34.

MARTINRAY INDUSTRIES LTD. C. LES FABRICANTS NATIONAL DAGENDOR MANUFACTURING LTD. (T-662-87, juge Denault, jugement en date du 11-12-91, 41 p.)

CITOYENNETÉ**CONDITIONS DE RÉSIDENCE**

Appel du rejet de la demande de citoyenneté fondé sur l'omission de satisfaire aux exigences relatives à la résidence figurant à l'art. 5(1)c) de la Loi sur la citoyenneté—Le 25 janvier 1987, le requérant est entré au Canada comme immigrant reçu dans la catégorie des entrepreneurs immigrants—Il a investi 200 000 \$ dans une entreprise touristique, éliminant ainsi la condition d'entrée—Depuis 1987, il est contrôleur financier de deux sociétés qui organisent des voyages en Orient et depuis l'Orient—Ses tâches consistent à escorter des groupes de touristes en Orient, ce qui nécessite des absences fréquentes, mais courtes, du Canada pendant lesquelles il demeure dans des hôtels—Sa femme et ses enfants sont retournés à Hong Kong en février 1987—Le requérant n'est pas légalement séparé, mais il éprouve des difficultés conjugales—Ses deux fils ont fait leurs études primaires à Hong Kong afin d'étudier l'anglais pendant un an avant de s'inscrire dans une école canadienne—Les deux fils fréquentent une école de la C.-B. depuis 1988 et 1989 respectivement—La fille, âgée de neuf ans, demeure à Hong Kong avec sa mère—L'appelant a une demeure à Vancouver depuis qu'il est devenu résident permanent—Il a des comptes bancaires au Canada et produit des déclarations de revenus depuis 1987—Il a un permis de conduire, un certificat d'immatriculation de véhicule à moteur et une carte d'assurance-maladie de la C.-B.—Il ne possède pas de biens en dehors du Canada—Le juge de la citoyenneté a conclu que l'appelant et sa famille ne s'étaient pas établis et qu'ils ne «frayaient» pas avec d'autres Canadiens pendant la période en question—Appel accueilli—L'appelant a «en pensée et en fait» centralisé son mode de vie habituel à Vancouver—*Papadogiorgakis (In re) et in re Loi sur la citoyenneté*, [1978] 2 C.F. 208 (1^{re} inst.) appliqué—La Loi n'exige pas la séparation légale ni l'adhésion à des organisations et la fréquentation de voisins—En résidant au Canada, l'appelant n'a pas simplement adopté le Canada comme «pavillon de complaisance»—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), chap. C-29, art. 5(1)c).

YUE (RE) (T-188-91, juge Rouleau, ordonnance en date du 5-11-91, 5 p.)

Appel de la décision du juge de la citoyenneté—Le requérant a immigré au Canada avec sa femme et ses enfants en 1981—Le requérant compte 779 jours de présence au Canada, alors que 1095 jours sont requis aux fins de la résidence—Il exploite une entreprise d'import-export qui exige des absences fréquentes—La famille reste en C.-B.—Le requérant veut s'associer à une société du Québec—Il a vendu ses actions dans une société de Hong Kong, mais il est demeuré président du

CITOYENNETÉ—Suite

conseil et président de la société—Il détient un permis de conduire de la C.-B.—Il a l'intention de s'établir au Canada—Appel accueilli.

LEE (RE) (T-270-91, juge Cullen, jugement en date du 12-11-91, 3 p.)

Appel du refus d'accorder la citoyenneté fondé sur le fait que le requérant ne satisfaisait pas aux exigences relatives aux connaissances et à la résidence—En appel, l'appelant a démontré une connaissance suffisante du Canada ainsi que des avantages et responsabilités découlant de la citoyenneté—L'appelant, un citoyen du Liban, est venu au Canada comme visiteur en 1984—Il s'est vu conférer le statut d'immigrant ayant obtenu le droit d'établissement en 1985—Il est retourné au Liban en 1986 pendant trois mois et il s'y est alors marié—Il est rentré seul au Canada et y est demeuré pendant deux mois avant de se rendre en Australie où il est demeuré pendant deux ans et demi, apparemment parce que des problèmes de santé empêchaient son retour—Il a affirmé avoir payé deux mois de loyer à l'avance et avoir laissé dans l'appartement tous ses meubles et ses vêtements, qu'il a confiés à un ami, de même que son auto—Il n'a pas pris de mesures pour que quelqu'un s'occupe de ses affaires pendant son absence et il ne peut plus retrouver les effets laissés dans son appartement et sa voiture—Appel rejeté—Allégations jugées improbables étant donné qu'aucune preuve documentaire n'a été produite à l'appui des mesures prises à l'égard des biens—Aucune preuve médicale de la raison pour laquelle le requérant n'est pas revenu au Canada entre la fin du séjour initialement envisagé en Australie et le moment où il a consulté le médecin, environ quinze mois plus tard—Il incombe à l'appelant de démontrer selon la prépondérance des probabilités qu'il avait établi sa résidence au Canada avant son départ et qu'il avait l'intention d'y revenir, mais qu'il n'a pas pu le faire par suite de circonstances indépendantes de sa volonté—Étant donné que l'appelant n'a pas établi que sa résidence était réellement au Canada ou qu'il avait l'intention d'y revenir, il n'a pas satisfait à l'art. 5(1)c) de la Loi sur la citoyenneté—La Cour n'a pas compétence pour recommander au ministre d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'une manière favorable pour renoncer, pour des raisons d'ordre humanitaire, aux exigences applicables car le juge de la citoyenneté a déjà examiné s'il y avait lieu de faire une recommandation au ministre—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), chap. C-29, art. 5(1)c)e), 14(1),(2), 15(1).

EL-NAHOUM (RE) (T-581-91, juge Strayer, jugement en date du 26-9-91, 4 p.)

CONNAISSANCES REQUISES

Appel de la décision par laquelle le juge de la citoyenneté a rejeté la demande de citoyenneté—La requérante habite au Canada depuis 13 ans—Elle ne parle ni l'anglais ni le français—Elle ne sait ni lire ni écrire sa langue maternelle—Elle n'a presque aucune connaissance de la géographie, de l'histoire ou des événements courants du Canada—Le fait que l'appelante dépend énormément de son mari et de son fils montre qu'elle n'a pas l'autonomie à laquelle la femme canadienne a droit—L'analphabétisme ne constitue pas un motif permettant de se soustraire à l'exigence relative à la connaissance du

CITOYENNETÉ—Suite

Canada, ainsi que des responsabilités et privilèges liés à la citoyenneté—Question de savoir si un appel peut être interjeté contre la décision du juge de la citoyenneté de ne pas recommander au ministre d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour des raisons d'ordre humanitaire—La Cour n'est pas compétente pour recommander la prise d'une mesure par le pouvoir exécutif—Appel rejeté.

KHOURI (RE) (T-2494-90, juge Muldoon, jugement en date du 7-11-91, 9 p.)

Appel du rejet de la demande de citoyenneté canadienne fondé sur le fait que la requérante n'avait pas montré qu'elle avait une connaissance suffisante du Canada ainsi que des responsabilités et avantages conférés par la citoyenneté—En appel, l'appelante a montré qu'elle avait une connaissance «suffisante», quoique imparfaite, de l'histoire, du système politique et du système de gouvernement du Canada ainsi que des responsabilités et avantages conférés par la citoyenneté canadienne—Elle a également montré qu'elle savait comment et pourquoi elle ne devait pas faire affront ou porter préjudice au Canada—En réponse à la question de savoir ce qu'elle ferait si des personnes ignorantes et mal intentionnées lui faisaient affront en disant du mal des Canadiens d'origine polonaise comme elle-même, l'appelante a fait savoir qu'elle réfuterait les déclarations de ces intolérants en disant la vérité sur ces Canadiens—Elle a fait savoir qu'il n'y avait pas de place pour la violence au Canada—Le patrimoine multiculturel des Canadiens est proclamé à l'art. 27 de la Charte et il exclut les dissensions, la violence et la haine ancestrales—Si tel était le seul patrimoine culturel des ancêtres, il faut répudier ces derniers pour éviter de faire affront et de porter préjudice au Canada—Appel accueilli—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), chap. C-29, art. 5(1)e), 14—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 27.

BAGROWICZ (RE) (T-2554-90, juge Muldoon, jugement en date du 29-10-91, 5 p.)

Appel de la décision par laquelle le juge de la citoyenneté a refusé d'approuver la demande de citoyenneté présentée par l'appelante—Compte tenu des circonstances, les connaissances de l'appelante sont certainement adéquates bien qu'elles ne soient pas exemptes d'erreur—L'appelante, de nationalité soudanaise, a récemment obtenu un diplôme en médecine à l'université du Soudan et manifeste une profonde compréhension des valeurs et impératifs constitutionnels du Canada—La liberté de religion est une question importante d'impératif constitutionnel—L'appelante est un paradigme possible de la citoyenneté—Appel accueilli et demande de citoyenneté approuvée en vertu de l'art. 14 de la Loi sur la citoyenneté—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), chap. C-29, art. 14.

GAYED (RE) (T-2855-90, juge Muldoon, jugement en date du 30-10-91, 8 p.)

Les connaissances que possède l'appelant au sujet du régime politique et des institutions gouvernementales du Canada est

CITOYENNETÉ—Fin

plus qu'adéquate pour qu'on lui accorde la citoyenneté—La nature des droits et libertés ainsi que des responsabilités des citoyens canadiens est bien comprise—Appel accueilli.

FORGHANIAN-ARANI (RE) (T-4-91, juge Muldoon, jugement en date du 31-10-91, 2 p.)

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE**SECTION D'APPEL**

Pêches—Il ressort de l'économie de la Loi sur les pêches que la décision du ministre était purement administrative et que celui-ci n'était pas tenu de la prendre sur une base judiciaire ou quasi judiciaire—La demande présentée en vertu de l'art. 28 en vue de l'annulation de la décision du ministre est rejetée—La décision devait être contestée devant la Section de première instance—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.

MARK C. CANADA (MINISTRE DES PÊCHES ET OCÉANS) (A-959-91, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 21-10-91, 1 p.)

SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE

Requête en radiation de certaines parties de la déclaration—Le demandeur Rorison et le défendeur Wiley sont coinventeurs d'un procédé de revêtement de chaussée—Ils ont cédé leurs droits sur l'invention à la demanderesse R.W. Blacktop—Ils ont déposé une demande de brevet au Canada et aux États-Unis—Rorison a acquis les intérêts de Wiley dans R.W. Blacktop—L'acte de cession prévoyait que les parties veilleraient à protéger le droit de la société sur l'invention—Les demandeurs ont cherché à obtenir une injonction interdisant aux défendeurs de contrefaire le brevet et de violer l'entente d'acquisition, une injonction interdisant aux défendeurs de construire et de vendre du matériel en violation de l'entente, ainsi que la remise des objets, un compte rendu des bénéfiques, des dommages-intérêts pour inexécution du contrat, des dommages-intérêts exemplaires—La Cour fédérale est un tribunal d'exception dont la compétence est fixée par la loi—Les redressements disponibles en vertu de la Loi sur les brevets ne comprennent pas les demandes découlant d'un contrat ou de l'obligation de fiduciaire—La Cour a une compétence concurrente pour accorder un redressement légal et équitable lorsque l'action porte principalement sur le brevet—Demande de redressement radiée avec permission de déposer une déclaration modifiée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 20(2).

R.W. BLACKTOP LTD. C. ARTEC EQUIPMENT CO. (T-859-90, juge Rouleau, ordonnance en date du 22-10-91, 9 p.)

Requête en vue de l'obtention d'une ordonnance radiant l'action à l'égard des défendeurs particuliers pour le motif qu'ils ne sont pas fonctionnaires ou préposés de la Couronne au sens de l'art. 17(5)b) de la Loi sur la Cour fédérale et qu'ils ne forment pas un office fédéral au sens des art. 2 et 18 de la Loi—Il ressort clairement de la jurisprudence que le conseil de

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE—Fin

bande est un office fédéral au sens des art. 2 et 18—Question de savoir si les membres individuels du conseil de bande forment un office fédéral au sens de l'art. 2—Dans *Jock c. Canada*, [1991] 2 C.F. 355 (1^{re} inst.), il a été jugé que la Section de première instance de la Cour fédérale avait compétence pour décerner un bref de *quo warranto* contre les intimés—Le raisonnement du juge Teitelbaum s'applique également pour trancher la question de la compétence en l'espèce—Demande rejetée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 2, 17(5)b), 18.

SUNDAY C. COMITÉ D'ÉLECTION D'AKWESASNE (T-2023-91, juge Cullen, ordonnance en date du 18-10-91, 4 p.)

COURONNE

MANDAT

Appel d'un jugement de la Section de première instance ([1986] 2 C.F. F-12) qui a rejeté l'action intentée par l'appelante pour faire modifier les cotisations de son impôt sur le revenu pour les années d'imposition 1977 à 1980 inclusivement—Il s'agit de savoir comment l'appelante, pour les fins de l'art. 20(1)gg) de la Loi de l'impôt sur le revenu, devait calculer le coût du tabac, des cigares et des cigarettes figurant sur son inventaire—Fallait-il, contrairement à ce qu'a décidé le juge de première instance, inclure dans ce coût certaines sommes que l'appelante, pendant les années en cause, avait payées au ministre du Revenu du Québec en vertu d'ententes conclues avec lui dans le but de faciliter la perception de la taxe imposée par la Loi de l'impôt sur le tabac du Québec?—Appel rejeté (le juge Pratte, J.C.A., dissident)—Le juge Hugessen, J.C.A.: la qualification que les parties donnent au contrat qu'elles signent est un fait important à prendre en considération lorsqu'il s'agit de déterminer la vraie nature de ce contrat—Tout doute devrait être résolu dans le sens que les parties au contrat ont elles-mêmes indiqué—Même si le contrat entre l'appelante et le Ministère provincial ne prend pas la forme classique du mandat décrit aux art. 1701 et ss. du Code civil, il s'agit tout de même d'un mandat—C'est la représentation qui distingue le mandat des autres contrats nommés qui sont reconnus par le droit civil—L'appelante en l'espèce représente le Ministère provincial en vertu de son contrat avec celui-ci—Le paiement anticipé fait par le détaillant au grossiste est libératoire vis-à-vis du Ministère—S'il ne paie pas cette dette, le Ministère a le droit de la réclamer et il garde tous ses privilèges à cet égard—Si le détaillant paye l'impôt à l'appelante qui en fait remise au Ministère, et si le tabac est perdu ou détruit entre les mains du détaillant, le Ministère serait obligé de rembourser à ce dernier le montant de l'impôt ainsi payé en trop—L'entente entre l'appelante et le Ministère provincial du Revenu comporte un élément important de représentation et constitue donc un mandat—Le juge Desjardins, J.C.A.: la jurisprudence a accepté le mécanisme de perception de l'impôt sur le tabac comme une taxation directe parce que la personne visée ultimement par la taxe demeure le consommateur au moment de l'achat—Le ministre du Revenu du Québec est autorisé à signer des ententes avec le vendeur en gros dans le but de faciliter la perception et la remise de l'impôt prévues par

COURONNE—Suite

la Loi de l'impôt sur le tabac du Québec—Ce système ne se justifie sur le plan constitutionnel que si le vendeur en gros et le détaillant sont les mandataires du Ministère auprès du consommateur—En ne contestant pas l'entente sur le plan constitutionnel, l'appelante en accepte le principe—La nature véritable de l'entente doit s'analyser à la lumière de sa source constitutionnelle plutôt que par la méthode suivie—Elle constitue un mécanisme de perception d'une taxe directe basé sur la représentation—Il y a donc mandat et les montants de taxe que l'appelante a payés ne font pas partie du «coût indiqué» des produits de tabac inclus dans son inventaire—Le juge Pratte, J.C.A. (dissident): l'entente intervenue entre l'appelante et le ministre du Revenu du Québec est-elle un mandat?—La qualification que les parties ont elles-mêmes donnée à leur contrat n'est pas déterminante—L'appelante, lorsqu'elle vendait à ses clients, ne faisait d'autres arrangements avec eux que celui de leur vendre ses produits à un prix qui lui permettait de se rembourser de ce qu'elle avait payé au ministre—L'obligation première du mandataire est d'exécuter son mandat et son obligation seconde est de rendre compte—L'obligation première de l'appelante n'était pas d'exécuter un supposé mandat mais de payer au ministre le montant estimé de la taxe afférente au tabac qu'elle achetait du fabricant—Le contrat conclu entre l'appelante et le ministre du Revenu du Québec n'était pas un contrat de mandat—La réponse à la question de savoir si les sommes payées par l'appelante en vertu de cette entente devaient être incluses dans le calcul du coût du tabac décrit à l'inventaire de l'appelante dépend des circonstances—L'obligation imposée à l'appelante de payer la taxe sur tout le tabac qu'elle achetait d'un fabricant est suffisamment analogue à l'obligation de payer une taxe indirecte sur le même produit pour que l'on conclue que ces sommes ainsi payées devraient être incluses dans le calcul du coût de son tabac—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 10(1), 20(1)gg), 248(1)—Loi de l'impôt sur le tabac, S.R.Q. 1964, chap. 72, art. 2, 3, 8, 11, 12, 24—Code civil du Bas Canada, art. 1701.

BRAULT-CLÉMENT INC. C. CANADA (A-137-86, juges Hugessen, Desjardins, J.C.A., juge Pratte, J.C.A., dissident, jugement en date du 18-11-91, 15 p.)

RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE

La demanderesse a fourni une grue au quai du gouvernement à Sarnia (Ontario) pour charger un système de convoyeurs à bord d'un cargo hors-mer afin d'effectuer des réparations au navire amarré—Il s'agissait d'une grue hydraulique automobile à six essieux Krupp 180 GMT et d'un chariot de flèche à trois essieux—En reculant la grue sur le quai, la grue est tombée à travers l'allée de béton du quai et le heurté un navire—Action en recouvrement des frais de réparation et des profits perdus—La demanderesse allègue que le fait que les matériaux se trouvant sous la dalle de béton s'étaient érodés sous l'effet de l'eau là où l'ancien quai de bois et le nouveau quai de béton se rejoignaient a causé l'effondrement du quai et que la défenderesse était au courant de la situation depuis un rapport d'inspection rédigé en 1988—Deux jours avant l'accident, la demanderesse avait utilisé la grue sur le même quai—Action accueillie et dommages-intérêts s'élevant à 85 191,92 \$ accordés—Rien ne permet de rejeter la demande par suite de

COURONNE—Fin

l'omission de donner un avis en vertu de la Loi sur la responsabilité de l'État—Les représentants de la défenderesse, par l'entremise du maître de havre, ont été avisés des événements dès que ceux-ci se sont produits et la Couronne n'a pas subi de préjudice l'empêchant de se renseigner sur les événements pertinents—Des grues sont couramment utilisées sur le quai du gouvernement à Sarnia (un quai public) depuis 1930—Il n'existait aucune pratique ou politique exigeant que le maître de havre soit consulté ou que son approbation soit obtenue avant de conduire une grue sur le quai—La structure était en mauvais état à cause de l'érosion—Les deux ministères responsables auraient dû connaître l'existence du danger depuis le rapport d'inspection de 1988 indiquant la dégradation du remblai et recommandant des réparations—Sur réception du rapport, les ministères étaient tenus (1) d'informer le maître de havre; (2) de faire les essais qui s'imposaient, c'est-à-dire un programme de forages périodiques ou (3) d'avertir les utilisateurs possibles du danger en désignant le secteur comme «zone dangereuse» ou en établissant une pratique générale selon laquelle il fallait obtenir l'autorisation du maître de havre avant de placer de la machinerie sur le quai—Il ne s'agit pas d'exigences déraisonnables, mais la défenderesse n'a pris aucune de ces mesures—Il est inconcevable que le maître de havre n'ait pas été informé du contenu du rapport, vu sa nature et sa pertinence—En l'absence de la prise de mesures préventives, il est déraisonnable d'exiger que la demanderesse s'assure que le levage effectué deux jours auparavant avait été fait en toute sécurité, alors que le levage au moment de l'accident présentait des risques—Le fait que le rapport mentionnait la tendance à l'érosion du remblai dans ce secteur et que la défenderesse connaissait cette tendance et les problèmes y afférents porte un coup fatal à la défense—Loi sur la responsabilité de l'État, L.R.C. (1985), chap. C-50, art. 3, 12.

SARNIA CRANES LTD. C. CANADA (T-2878-89, juge en chef adjoint Jerome, jugement en date du 7-11-91, 9 p.)

Déclaration radiée avec permission de déposer une nouvelle plaidoirie—Question de savoir si la nouvelle déclaration révèle une cause d'action—Tous les faits allégués sont tenus pour avérés—La demanderesse a allégué un empoisonnement attribuable aux pesticides et a intenté une action en dommages-intérêts contre le ministre de l'Agriculture pour le motif que celui-ci aurait fait preuve de négligence en enregistrant des neurotoxines à effet retardé—La Couronne est coupable de négligence uniquement à l'égard des décisions opérationnelles—Aucune obligation de diligence dans le cas d'une décision de principe: *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228—La décision d'enregistrer un pesticide est liée à la fixation de normes et non à leur application—Décision de principe; aucune cause d'action—Requête accueillie.

KUCZERPA C. CANADA (T-229-90, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 29-10-91, 7 p.)

DOUANES ET ACCISE**LOI SUR LA TAXE D'ACCISE**

Appel d'une cotisation concernant la taxe d'accise et la taxe de vente fédérale sur du vin de cuisine—La demanderesse

DOUANES ET ACCISE—Fin

importe du vin de cuisine en vrac; elle l'embouteille et le vend—Le vin contient 1,5 % de sel en poids et est impropre à la consommation—Question de savoir s'il s'agit du «vin» au sens de la Loi—La définition ne fait pas mention du goût, mais uniquement de liqueur spiritueuse—Le produit n'est pas modifié par l'addition de sel—Appel rejeté—Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), chap. E-15, art. 25.

GRANTHAM FOODS LTD. C. CANADA (T-1824-90, T-1825-90, juge Rouleau, jugement en date du 8-11-91, 4 p.)

Monarch, une entreprise de fabrication de fosses septiques préfabriquées en béton, a payé la taxe de vente de juin 1970 à mars 1978, malgré un différend au sujet de son obligation de le faire—Un jugement rendu en 1988 ordonnait le remboursement de la taxe de vente et le paiement des intérêts y afférent à partir du 1^{er} mai 1986—Question de savoir si l'appelante a droit au paiement des intérêts pour la période comprise entre le 25 mai 1973 et le 30 avril 1986—Le juge de première instance a jugé qu'aucun intérêt n'était payable à l'égard d'une somme exigible avant le 1^{er} mai 1986, date à laquelle l'art. 47(7) de la Loi sur la taxe d'accise prévoyant le paiement des intérêts à l'égard de pareils remboursements est entré en vigueur—Selon l'art. 36 de la Loi sur la Cour fédérale, en l'absence d'un contrat ou d'une loi prévoyant le paiement d'intérêts, la Cour ne peut pas ordonner à la Couronne de payer des intérêts—Paiement ordonné après l'entrée en vigueur de la disposition concernant l'intérêt, relativement à une demande déposée avant son entrée en vigueur, mais réputée avoir été présentée conformément à l'art. 47(2) et (3)—L'application rétroactive n'est pas en cause, car c'est le paiement du remboursement, et non des intérêts, qui entraîne l'application de l'art. 47(7)—En vertu de l'art. 47(7), en cas de remboursement relatif à une demande qui n'a pas encore été tranchée, le contribuable a droit à des intérêts, que la demande ait été faite avant ou après l'entrée en vigueur de la Loi—Selon les modifications apportées en 1985 aux art. 49.02 et 43(2) de la Loi sur la taxe d'accise (ce dernier étant une disposition transitoire), aucun intérêt n'est exigible avant la date de la sanction royale de la Loi—Étant donné que la Loi de 1986 ne fait pas mention de l'art. 43(2), mais abroge et remplace l'art. 49.02, l'art. 43(2) n'a pas été abrogé et est encore en vigueur—La disposition transitoire est en vigueur tant qu'elle n'est pas abrogée ou qu'elle n'a plus d'effet, c'est-à-dire tant que toutes les demandes déposées avant l'entrée en vigueur de la Loi de 1985 n'auront pas été tranchées—Conformément à l'art. 47(7) de la Loi de 1986 en vigueur au moment du procès, la Couronne est tenue de payer des intérêts relativement à une demande présentée en 1973, mais en raison de l'art. 43(2) de la Loi de 1985, ces intérêts se limitent aux intérêts courus depuis que la Loi de 1985 a reçu la sanction royale (le 26 février 1985)—Loi sur la taxe d'accise, S.R.C. 1970, chap. E-13, art. 47 (mod. par S.C. 1986, chap. 9, art. 32), 49.02 (édité par S.C. 1985, chap. 3, art. 22)—Loi modifiant la Loi sur la taxe d'accise et la Loi sur l'accise et modifiant d'autres lois en conséquence, S.C. 1986, chap. 9, art. 55—Loi modifiant la Loi sur la taxe d'accise et la Loi sur l'accise, S.C. 1985, chap. 3, art. 43(2)—Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), chap. I-21, art. 2(2).

MONARCH CONCRETE PRODUCTS LTD. C. CANADA (A-504-89, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 16-10-91, 8 p.)

DROIT AÉRIEN

Demande de révision de la décision du Tribunal de l'aviation civile de l'aviation—Le Tribunal a conclu qu'il n'avait pas compétence pour proroger le délai de dix jours prévu à l'égard des appels contre une décision confirmant l'amende imposée par le ministre—Le Tribunal est autorisé à établir des règles qui ne sont pas incompatibles avec la Loi—Délai fixé par la Loi—Demande rejetée—Loi sur l'aéronautique, L.R.C. (1985), chap. A-2, art. 8.1 (édicte par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), chap. 33, art. 1).

FRY C. CANADA (TRIBUNAL DE L'AVIATION CIVILE)
(A-129-91, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 23-10-91, 3 p.)

DROIT CONSTITUTIONNEL**CHARTRE DES DROITS***Procédures criminelles et pénales*

Le demandeur, un gardien de pénitencier, prie la Cour de rendre un jugement déclarant notamment que la fouille effectuée le 20 août 1987 était une fouille illégale et qu'il a subi une détention arbitraire et fut privé de ses droits prévus aux art. 9 et 10 de la Charte—Le jour en question, le demandeur et quatre autres gardiens ont été contraints de se déshabiller complètement et de pivoter sur eux-mêmes devant deux de leurs supérieurs—Fouilles d'une durée de 4 à 5 minutes ne comportant aucune palpation—Ayant conclu que les fouilles avaient été faites par erreur en vertu de directives émanant d'une personne qui n'avait ni l'autorité ni l'autorisation pour commander une fouille à nu, les autorités de l'Institut Laval ont offert des excuses publiques aux 5 employés concernés, dont le demandeur—L'un des agents de sécurité a été réprimandé par écrit et les deux autres verbalement—Le grief présenté par le demandeur à son employeur a été accueilli en totalité—Il n'est pas nécessaire de décider de la validité de la règle de droit critique visée par l'action du demandeur pour pouvoir remédier convenablement et justement à la violation de ses droits—La fouille illégale et répréhensible du demandeur a été causée par la faute reconnue des préposés de la défenderesse—Le demandeur a subi une détention arbitraire et il a été privé des droits que lui confèrent les art. 9 et 10 de la Charte—Compte tenu des circonstances, des dommages-intérêts au montant de 5 000 \$ lui sont accordés—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 9, 10.

BLOUIN C. CANADA (T-410-89, juge Pinard, jugement en date du 29-11-91, 11 p.)

DROITS DE LA PERSONNE

Demande fondée sur l'art. 28 en vue de la révision du rejet par le Tribunal des droits de la personne de la plainte présentée par le requérant en vertu de l'art. 14(1) de la Loi canadienne sur les droits de la personne, celui-ci ayant allégué que deux

DROITS DE LA PERSONNE—Fin

agents de la GRC avaient fait des commentaires désobligeants au sujet de sa couleur—Le Tribunal n'est pas convaincu que les commentaires désobligeants ont réellement été faits—Rien ne justifie l'annulation de la décision du Tribunal—Demande rejetée—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), chap. H-6, art. 14(1).

ODIATU C. CANADA (GENDARMERIE ROYALE DU CANADA)
(A-29-91, juge Heald, J.C.A., jugement en date du 5-11-91, 2 p.)

FONCTION PUBLIQUE

Demande d'annulation de la décision par laquelle un arbitre nommé en vertu de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique a rejeté le grief présenté par un inspecteur des douanes à la suite de son congédiement—Avant que la procédure d'arbitrage ne soit terminée, l'arbitre a fait à un agent des douanes des remarques au sujet du cas du requérant—Il a apparemment tenté d'éviter de payer les droits sur deux bouteilles de vin en disant spontanément qu'il siégeait à la Commission des relations de travail dans la fonction publique (la CRTFP) et qu'il avait récemment congédié un employé des douanes—L'arbitre a par la suite confirmé la cessation d'emploi—Le requérant soutient qu'il existe une crainte raisonnable de partialité—Renvoi à *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369, et *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105, en ce qui concerne le critère de la partialité—Question de fait dans chaque cas—Il est important de ne pas confondre les questions—Le comportement illicite et stupide de l'arbitre peut avoir jeté le discrédit sur l'administration de la justice, mais cela ne constitue pas nécessairement de la partialité en l'espèce—La position de l'employeur sur ce point, à l'égard de laquelle un ajournement avait été accordé de façon que les parties puissent présenter des observations écrites, est de toute évidence si bien fondée que l'arbitre pouvait, sans présomption de partialité, conclure que tout argument invoqué par le requérant serait rejeté—La possibilité que l'arbitre a rendu sa décision pour impressionner l'agent des douanes est trop lointaine pour constituer le fondement d'une crainte raisonnable de partialité—Demande rejetée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.

LAPLANTE C. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR) (A-175-89, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 29-10-91, 6 p.)

FIN D'EMPLOI*Stage*

Demande de *certiorari* annulant la décision de renvoyer le requérant en cours de stage—En mars 1989, le requérant a été nommé à un poste prêt d'une direction (le SAFC) à une autre (la DCI) au sein du MDN—Il a terminé son stage en mars 1990, date à laquelle le SAFC a récupéré le poste, mais non le titulaire (le requérant)—Le requérant a été nommé à un poste comportant des tâches similaires à la DCI, lequel avait été créé en 1989, mais n'avait jamais été comblé—Le concours a été

FONCTION PUBLIQUE—Suite

annulé—Selon la lettre d'offre, signée par le requérant, le poste était assujéti à un stage conformément à l'art. 28 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique—Le requérant a été renvoyé en cours de stage—Question de savoir si l'opération par laquelle le requérant a été nommé au deuxième poste est une «nomination» assujéti à un stage ou simplement une mutation latérale—Le requérant a soutenu qu'étant donné qu'il avait exercé les fonctions du nouveau poste à la DCI en tout temps, il avait simplement été muté et que le stage était donc terminé—Demande rejetée—Étant donné que les mots «nomination» et «poste» ne sont pas définis dans la Loi, le juge s'est reporté à *Doré c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 503 et *Canada c. Brault*, [1987] 2 R.C.S. 489, dans lesquels la Cour avait exposé la manière de procéder lorsque ces mots sont examinés—Question de savoir ce que le Ministère a objectivement fait, et non ce qu'il avait l'intention de faire—Les postes sont semblables et le requérant a exercé des fonctions pouvant être associées à l'ancien poste, mais cela démontre uniquement qu'il existe des similitudes entre les postes—Si l'on a parfois demandé au requérant d'exercer des fonctions qui différaient légèrement de celles du poste auquel il avait été nommé, la Cour ne peut pas intervenir—L'administration doit jouir d'assez de souplesse pour apporter de légères modifications aux fonctions d'un poste existant—La DCI avait l'intention de combler le nouveau poste par voie de concours et le requérant a posé sa candidature—Le concours a uniquement été annulé à la suite de la décision de ne pas prendre le titulaire avec le poste récupéré—La nomination était une nouvelle nomination à laquelle l'art. 28 s'applique—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), chap. P-33, art. 8, 10, 11, 22, 24, 25, 28.

MATHIEU C. CANADA (SOUS-MINISTRE DE LA DÉFENSE NATIONALE) (T-2060-91, juge Joyal, ordonnance en date du 1-11-91, 11 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

Les gardiens d'un pénitencier à sécurité maximale à Prince Albert (Saskatchewan) ont invoqué la Partie II du Code pour refuser de travailler parce que la direction avait décidé de ne pas poster de gardien dans le «passage des écoliers» pendant les heures de visite, lequel était un corridor utilisé par le personnel, les détenus et les visiteurs—Dragseth avait veillé à se faire remplacer à son poste pour remplir ses fonctions de coprésident du comité de sécurité et de santé—Lorsque la direction a décidé de placer le passage sous la surveillance d'un gardien, les employés sont retournés au travail—Aucune enquête effectuée par l'agent de sécurité, en violation de la disposition obligatoire figurant à l'art. 129—À la suite d'une enquête disciplinaire, la direction a imposé une peine pécuniaire de 500 \$ à Dragseth et des réprimandes écrites aux autres gardes—La Commission des relations de travail dans la fonction publique (la CRTFP) a conclu que bien qu'ils aient agi de bonne foi, les employés avaient mis en danger d'autres personnes, en violation de l'art. 128(2)a) du Code, en laissant des postes inoccupés dans un établissement à sécurité maximale, et qu'ils méritaient donc des sanctions disciplinaires—Demande d'annulation de la décision par laquelle la CRTFP avait substitué une réprimande écrite à la peine pécuniaire

FONCTION PUBLIQUE—Fin

imposée à Dragseth et avait maintenu les autres réprimandes—L'art. 128 du Code canadien du travail permet à l'employé de refuser de travailler s'il y a un danger sauf lorsque son refus met en danger une autre personne—L'art. 147a)(iii) interdit à l'employeur de prendre des mesures disciplinaires contre l'employé qui s'est prévalu des dispositions du Code—Le procureur général conteste que la CRTFP soit compétente pour instruire la plainte présentée par Dragseth ou pour modifier la peine, après avoir conclu que les actions de celui-ci justifiaient une sanction disciplinaire—Il est allégué que les gardiens auraient dû présenter un grief fondé sur la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, plutôt que de se plaindre directement à la CRTFP—Il est également allégué que l'orchestration de la mesure de pression était associée à la grève légale du personnel non affecté à la garde des détenus—La demande présentée par le procureur général en vertu de l'art. 28 est rejetée—L'immunité contre les sanctions disciplinaires prévue à l'art. 147a)(iii) s'applique au membre du comité qui exerce des fonctions en vertu de l'art. 128(6) et (7)—La preuve appuie la conclusion tirée par la CRTFP, à savoir que les gardiens, à part Dragseth, ont abandonné leur poste en violation de l'art. 128(2)a)—La CRTFP pouvait à bon droit conclure des conditions du lieu de travail quelles seraient les conséquences des actions commises au lieu de retenir la preuve contraire—La bonne foi ne change rien au fait qu'en abandonnant leur poste, les gardiens ont mis en danger d'autres personnes—La décision de maintenir les réprimandes écrites est confirmée—Dragseth n'a pas mis d'autres personnes en danger car il s'était fait remplacer avant d'abandonner son poste—La CRTFP n'a pas tenu compte des art. 135(6)a), 135(9) et 147a)(iii) en imposant une réprimande—La CRTFP a commis une erreur de droit en ne levant pas toute sanction contre Dragseth—La demande présentée par les employés en vertu de l'art. 28 est accueillie en partie—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), chap. L-2, art. 128 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), chap. 9, art. 4), 129, 133 (mod., idem), 135(1) (mod., idem), 147 (mod., idem)—Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), chap. F-11, art. 11(1.1) (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), chap. 9, art. 22).

DRAGSETH C. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR) (A-937-90, A-948-90, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 30-10-91, 8 p.)

IMMIGRATION

Demande en vue de l'annulation du rejet d'une demande de résidence permanente et en vue de l'obtention d'un *mandamus* enjoignant l'examen de la demande conformément à la Loi sur l'immigration et à son règlement d'application—La demande que le requérant avait présentée à titre de requérant indépendant montre que celui-ci avait l'intention de travailler comme «directeur de travaux de construction» au Canada—Les études, la formation, les qualifications professionnelles, l'expérience professionnelle et les tâches du requérant ont été examinées à l'entrevue personnelle—L'agente des visas a conclu que la description qui correspondait le plus à la profession du requérant dans la Classification canadienne descriptive des profes-

IMMIGRATION—Suite

sions (la CCDP) était celle d'ingénieur civil—Le requérant avait fait toutes ses études postsecondaires dans le domaine du génie civil, toutes les lettres de références disaient qu'il était ingénieur, et le poste qu'il occupait comportait des fonctions de direction—Il a été conclu que l'entrevue personnelle avait été complète—L'évaluation avait été faite à partir des réponses données à l'entrevue aux questions détaillées directement fondées sur la description de la profession de directeur de travaux de construction donnée par la CCDP—Aucun motif de s'ingérer dans l'évaluation faite par l'agente des visas—Aucune violation de l'obligation imposée par l'équité, aucune erreur insigne de fait, aucune omission de tenir compte de tous les faits pertinents, et aucune erreur de droit—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 8(1)a), (mod. par DORS/85-1038, art. 3).

MANNAN C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-1359-91, juge Muldoon, ordonnance en date du 3-10-91, 12 p.)

Demande visant à faire annuler le rejet d'une demande d'immigration concernant une famille—La demande a été acceptée conditionnellement, la famille devant obtenir des rapports médicaux—L'examen effectué par un médecin accrédité par le Ministère (le docteur L.) a révélé que le fils était atteint de la maladie de Hodgkins, stade III—Le fils a suivi un traitement de chimiothérapie d'une durée de huit mois; pendant ce temps, les autres membres de la famille sont venus au Canada et ont commencé à exploiter un ranch acheté avant leur arrivée—Le docteur L. a fait savoir que la maladie du fils était guérissable et que cela ne devrait pas poser de problème pour l'immigration—L'agent médical était d'avis que le fils imposerait un fardeau excessif aux services canadiens de santé—Demande rejetée en vertu de l'art. 19(1)a)(ii) de la Loi sur l'immigration—Le traitement a été fructueux—Le requérant s'appuie sur la théorie de l'expectative légitime et soutient que le mandataire du ministre (le docteur L.) lui avait dit que la demande ne serait pas rejetée ou qu'elle ne serait pas examinée tant que le traitement ne serait pas terminé; il devrait être possible de se fier à pareilles déclarations; de fait, le requérant s'est appuyé sur la déclaration, à son détriment—Demande rejetée—Rien ne permet de dire que le docteur L. a agi à titre de «mandataire» du bureau du ministre—Le docteur L. est un médecin indépendant de la Norvège qui fait subir des examens médicaux aux fins de l'immigration au Canada—Il n'est pas autorisé à faire des déclarations ou des promesses au nom du Ministère ou à le lier de quelque façon que ce soit—La théorie d'expectative légitime fait partie des règles de l'équité procédurale—Elle ne peut pas engendrer de droits substantifs—Le requérant soutient que la décision du médecin était prématurée, car ce dernier aurait dû attendre que le traitement soit terminé—Compte tenu du risque élevé de rechute, il est inutile d'attendre la fin du traitement—L'inadmissibilité d'un enfant à charge constitue un motif suffisant de rejet de la demande présentée par une famille—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 19(1)a)(ii)—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 22.

BAKKESKAUG C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-1837-91, juge Rouleau, ordonnance en date du 25-9-91, 8 p.)

IMMIGRATION—Suite

Programme d'immigration des investisseurs—Demande de *certiorari* annulant le refus de l'intimé de prolonger le délai de mise en marché d'un syndicat privé de placement en vertu du Programme—L'art. 2(1) du Règlement exige un placement minimum de 250 000 \$—La proposition de la requérante a été approuvée le 18 juillet 1989—Le 27 septembre 1990, la requérante a demandé, avec l'approbation du Ministère provincial, une prorogation de 12 mois—Elle a obtenu une prolongation de six mois jusqu'au 18 juillet 1991—Le 7 décembre 1990, le Règlement a été modifié de façon à porter à 350 000 \$ le montant minimal des placements approuvés par la province après le 18 août 1990, la période d'immobilisation des fonds étant portée à cinq ans—Le 26 avril 1991, la requérante a demandé une prolongation de six mois—L'intimé soutient que par suite de la modification, il devait refuser la demande—Question de savoir si la date, en vue de l'approbation de la province, s'applique à l'approbation de la prolongation ou à l'approbation initiale—Le règlement initial ne mentionnait pas la date d'expiration du délai ou la possibilité de prolongation—Le nouveau règlement n'aborde pas expressément la question des dates d'expiration—La prolongation du délai d'approbation par la province ne crée pas le nouveau syndicat—Demande accueillie—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 2(1) (mod. par DORS/85-1038, art. 1(3); 89-585, art. 1(2); 90-950, art. 1(1)).

CANADA EIGHTY-EIGHT FUND LTD. C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-2303-91, juge Reed, ordonnance en date du 25-9-91, 8 p.)

Question de savoir si la Commission d'appel de l'immigration a outrepassé sa compétence en substituant sa propre opinion à celle des agents médicaux en ce qui concerne la question de savoir si le requérant risquerait d'imposer un fardeau excessif aux services sociaux ou aux services de santé—Aucune erreur susceptible de révision dans l'exercice du pouvoir lié aux raisons d'ordre humanitaire.

CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) C. JHOOTI (A-363-90, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 22-10-91, 1 p.)

STATUT DE RÉFUGIÉ

Réexamen d'une revendication présentée, en vertu de la Loi sur l'immigration, avant l'adoption du système actuel de détermination du statut de réfugié—Le ministre a soutenu que lorsque le représentant du Ministère n'interroge pas le demandeur du statut de réfugié d'une façon compétente, la Commission d'appel de l'immigration est tenue de le faire—Les membres de la Commission ont le droit d'interroger le demandeur, mais le type d'interrogatoire nécessaire pour remédier à l'omission en l'espèce est incompatible avec leur rôle judiciaire—Il est impossible de conclure que la Commission n'a pas tenu compte des contradictions existant dans le témoignage de l'intimé, bien que celles-ci n'aient pas été mentionnées dans l'argumentation du représentant du ministre, car le membre dissident les a examinées—Appel rejeté.

CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) C. BASRA (A-518-90, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 25-11-91, 2 p.)

IMMIGRATION—Fin

Appel d'une décision de la Section du statut—Lacanisme excessif des motifs du tribunal—Celui-ci n'a pas dit si le jugement de non-crédibilité porté à l'égard de certains éléments du récit du revendicateur l'a conduit à rejeter complètement les prétentions de ce dernier quant à l'authenticité de sa peur—L'insuffisance des motifs est évidente et rend inévitable l'intervention de cette Cour—Appel accueilli.

POUR C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-655-90, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 5-12-91, 2 p.)

Demande de révision—Le membre de la Commission a utilisé le mauvais critère, à savoir celui de la «suffisance» de la preuve, aux fins de l'audition relative à la question du minimum de fondement—La loi parle «des» éléments de preuve—Demande accueillie.

PRASAD C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-89-91, juge Linden, J.C.A., jugement en date du 4-10-91, 1 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

CALCUL DU REVENU

Déductions

Appel de la décision par laquelle la Cour de l'impôt du Canada a rejeté les appels contre les nouvelles cotisations rejetant la déduction de pertes d'entreprise pour 1982 et 1983—La contribuable a tenté de déduire plus de 19 000 \$ chaque année, par suite d'activités de rallyes sportifs automobiles—Le ministre a conclu que la contribuable n'avait pas engagé les dépenses en vue de tirer un revenu de l'entreprise ou de faire produire un revenu à l'entreprise au sens de l'art. 18(1)a), mais qu'il s'agissait de frais personnels ou de frais de subsistance—Pour avoir une «source de revenu», il faut un profit ou une expectative raisonnable de profit: *Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480—La question de l'expectative raisonnable de profit donne lieu à une décision objective fondée sur les faits, et notamment sur l'état des profits et pertes des années antérieures, sur la formation, sur les activités envisagées, sur la capacité de l'entreprise, en termes de capital, de réaliser un profit après déduction pour amortissement—Le rallye sportif n'est pas un sport comportant des prix lucratifs—Appel rejeté—L'état des profits et pertes des années antérieures montre qu'il n'y a eu que des pertes—Étant donné que les seuls profits réalisés sont imputables à la vente des biens à la dissolution de l'entreprise, ceux-ci ne doivent pas entrer en ligne de compte pour considérer l'affaire comme une entreprise en ce qui concerne l'expectative raisonnable de profit—Les objectifs de la demanderesse n'étaient pas réalistes compte tenu de son expérience, puisqu'elle avait engagé des dépenses annuelles de près de 20 000 \$—Il est peu probable que les commanditaires veuillent appuyer le développement de l'entreprise de la demanderesse non seulement en vue de sa participation à des rallyes mais aussi de l'exploitation d'un garage—Aucune preuve du nombre de personnes s'adonnant à ce sport qui ont réussi à obtenir des commanditaires—Absence de preuve concernant la

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

préoccupation de la demanderesse relativement aux éléments requis pour obtenir des commanditaires, si ce n'est son succès dans les rallyes—La stratégie générale visant à obtenir de l'aide pour assumer les dépenses ne constitue pas la planification nécessaire au succès de l'entreprise—La contribuable n'a pas fourni de preuve permettant de conclure à l'expectative raisonnable de profit—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 3, 9(1),(2), 18(1)a),h).

EDWARDES C. CANADA (T-1986-88, juge MacKay, jugement en date du 14-11-91, 20 p.)

Gains en capital

Détermination préliminaire d'une question de droit—La question porte sur l'art. 39(4) de la Loi de l'impôt sur le revenu, qui permet aux contribuables de traiter les opérations en cause comme gains en capital admissibles à l'exemption à vie—Années d'imposition 1983, 1984 et 1985 de la demanderesse en litige—Question de savoir si l'expression «commerçant ou courtier en valeurs mobilières» figurant à l'art. 39(5) devrait être interprétée strictement—Il faut se fonder sur les débats du Parlement pour établir le contexte et éclaircir le but du texte de loi—L'objet du programme est d'encourager les contribuables canadiens à investir dans des compagnies canadiennes—Une fois exercé, le choix lie le contribuable pour le restant de sa vie—La disposition de l'art. 39 libère le contribuable de l'incertitude et de l'anxiété auxquelles font face ceux qui se livrent aux opérations immobilières—Réponse affirmative—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 39(4) (édicte par S.C. 1977-78, chap. 1, art. 16(2)),(5) (édicte, idem).

VANCOUVER ART METAL WORKS LTD. C. CANADA (T-2074-87, juge en chef adjoint Jerome, jugement en date du 4-4-91, 9 p.)

Appel de la décision par laquelle la Cour de l'impôt a rejeté l'appel interjeté contre une nouvelle cotisation—Entre 1971 et 1975, la contribuable, qui habitait Victoria, a acheté deux lots à des fins récréatives sur l'île Gabriola (C.-B.)—Le lot 76 a coûté 4 000 \$ et le lot 77, 10 000 \$—Elle a construit une maison sur le lot 76 et a installé des lieux d'aisance sur le lot 77—La possession des deux lots visait à assurer sa tranquillité—La contribuable a vendu sa maison de Victoria et s'est installée dans sa propriété de Gabriola—En 1982, le lot 77 a été vendu pour 70 000 \$—Question de savoir si l'il s'agit d'un gain en capital—Question de savoir si le lot faisait partie de la résidence principale—La Cour de l'impôt a conclu que le fonds de terre contigu n'était pas «nécessaire» en vue de l'usage et de la jouissance de la résidence—Lorsque la superficie du fonds de terre est inférieure à un demi-hectare, il n'est pas nécessaire que celui-ci facilite l'usage et la jouissance, mais il suffit qu'il soit raisonnablement considéré comme facilitant la chose—La charge incombant au contribuable est moins lourde—Importance accordée à la preuve de l'usage et de la jouissance véritables—Il n'incombe pas à Revenu Canada ou aux tribunaux de juger du style de vie des contribuables—Appel accueilli.

FOURT C. M.R.N. (T-1879-88, juge Strayer, jugement en date du 13-11-91, 10 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin**NOUVELLE COTISATION**

Appel de la décision par laquelle la Cour de l'impôt a rejeté l'appel concernant les nouvelles cotisations établies pour les années 1977, 1978, 1979 et 1980—Revenu Canada a tenté d'effectuer une vérification factuelle—Les livres du contribuable étaient trop en désordre pour fournir des renseignements aux fins de la vérification—Les livres ne correspondent pas aux comptes bancaires, les dates des opérations ne sont pas inscrites, les dossiers personnels et ceux de la société sont mêlés—Revenu Canada a établi une cotisation de la valeur nette et a imposé des pénalités—Question de savoir si les nouvelles cotisations sont fondées—Question de savoir si le ministre a le droit d'établir une nouvelle cotisation pour les années en question—Question de savoir si le ministre peut imposer des pénalités—Il incombe au contribuable de démontrer que la cotisation n'est pas fondée—La preuve présentée par l'appelant ne permet pas à la Cour de déterminer le revenu réel et n'établit pas que la cotisation de la valeur nette était erronée—La nouvelle cotisation n'est pas frappée de la prescription si le contribuable a fait une présentation erronée des faits, par négligence ou inattention—L'appelant a tenu ses livres d'une façon négligente—Une pénalité peut être imposée dans le cas d'une faute lourde—Il incombe au ministre d'établir l'existence d'une faute lourde—Le Ministère ne s'est pas acquitté de l'obligation qui lui incombait quant à la preuve—Appel accueilli à l'égard des pénalités—Appel rejeté à l'égard des nouvelles cotisations—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 152(4a)(i), 163(2) (mod. par S.C. 1977-78, chap. 1, art. 77; 1977-78, chap. 5, art. 7).

HONIG c. M.R.N. (T-936-87, T-937-87, T-938-87, T-939-87, juge Strayer, jugement en date du 31-10-91, 8 p.)

PRATIQUE

Appel de la décision par laquelle la Section de première instance a refusé d'accorder les dépens sur la base procureur-client au contribuable, qui avait eu gain de cause dans un appel de nouvelles cotisations—Question de savoir si l'art. 178(2) de la Loi de l'impôt sur le revenu, qui prévoit l'octroi des frais au contribuable lorsque le ministre interjette appel de la décision de la Cour de l'impôt, s'applique par analogie—Appel rejeté—L'objet de l'art. 178(2) est de permettre que soient tranchées des questions de principe lorsque les montants en jeu sont peu élevés—Le contribuable a interjeté appel de la nouvelle cotisation devant la Section de première instance—Loi de l'impôt sur le revenu, art. 178(2) (mod. par S.C. 1976-77, chap. 4, art. 64; 1980-81-82-83, chap. 158, art. 58, n° 2; 1984, chap. 45, art. 75).

SPLANE c. CANADA (A-104-91, juge Heald, J.C.A., jugement en date du 4-10-91, 3 p.)

INSTITUTIONS FINANCIÈRES

Appel d'un jugement de la Section de première instance ([1991] 2 C.F. F-9) qui a maintenu une décision du surintendant des institutions financières et déclaré certains articles du

INSTITUTIONS FINANCIÈRES—Fin

Régime de retraite de la Banque Nationale du Canada non conformes à la Loi sur les normes des prestations de pension— Dans le présent cas, l'employé ayant atteint un certain âge et complété un certain nombre d'années de service, a un droit acquis à sa prestation de retraite—Le différend porte sur l'interprétation de l'exigence contenue à l'art. 10(1)a) de la Loi sur les normes des prestations de pension et son application au Régime de la Banque—Selon le surintendant, le Régime n'est pas conforme à l'art. 10(1)a) parce qu'il prévoit que les employés qui quittent après avoir complété 10 années de service et atteignent l'âge de 45 ans n'ont droit à la rente différée qu'à l'âge normal de la retraite, c'est-à-dire 65 ans—Le juge de première instance a donné raison au surintendant—L'art. 10(1)a) réfère non pas à l'employé qui a 45 ans et compte 10 ans de service mais plutôt à l'employé qui a atteint l'âge de 45 ans avec 10 ans de service et qui est considéré comme s'il avait atteint l'âge le plus bas auquel le Régime lui donnerait droit à des prestations de pension sans ajustement—L'art. 19 du Règlement sur les normes des prestations de pension n'est d'aucun secours aux appelantes—Appel rejeté—Loi sur les normes des prestations de pension, S.R.C. 1970, chap. P-8, art. 2, 10(1)a).

BANQUE NATIONALE DU CANADA c. CANADA (SURINTENDANT DES INSTITUTIONS FINANCIÈRES) (A-141-91, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 4-10-91, 10 p.)

LIBÉRATION CONDITIONNELLE

Demande d'ordonnance de prohibition empêchant la Commission nationale des libérations conditionnelles de tenir compte des documents portant sur des activités criminelles soupçonnées, à l'examen de maintien en incarcération—Le détenu, âgé de 32 ans, purge une peine de sept ans pour avoir agressé sexuellement et avoir volé une femme de 86 ans—Pendant qu'il était en liberté surveillée, le requérant a été accusé de voies de fait et de vol—Les accusations ont été retirées, une plaignante ne s'étant pas présentée au procès et l'autre ne voulant pas témoigner—Les présumés victimes étaient des prostituées—Les renseignements au sujet du requérant, qui ont été communiqués à celui-ci, comprenaient le dossier de la GRC où il était question des deux déclarations de culpabilité et des accusations pour lesquelles il n'avait jamais été condamné ainsi que le rapport de l'agent de libération conditionnelle sur les accusations portées pendant que le détenu était en liberté surveillée—Question de savoir si les renseignements sont suffisamment précis pour permettre au requérant de préparer une réponse—Les règles d'équité ne sont pas les mêmes que celles qui s'appliquent à un procès criminel car la culpabilité n'est pas en cause—Question de savoir s'il existe un risque indu pour le public—Les renseignements au sujet des accusations sont pertinents lorsqu'ils indiquent le style de vie et les fréquentations du requérant—Aucune violation de la Charte—Demande rejetée.

PRASAD c. CANADA (COMMISSION NATIONALE DES LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES) (T-2150-91, juge Rouleau, ordonnance en date du 27-11-91, 7 p.)

MARQUES DE COMMERCE

Appel de l'ordonnance accordant une injonction interlocutoire conformément aux conditions demandées par Polo Ralph Lauren Corp., plutôt que celles auxquelles Cameo Optical Ltd. a consenti—Le juge des requêtes a commis une erreur en supposant que toute marque de commerce renfermant le mot «Polo» devant être employée par Cameo en liaison avec des lunettes créerait nécessairement de la confusion avec la marque de commerce enregistrée «Polo» de Ralph Lauren—Il y a des cas dans lesquels aucune confusion n'est possible—Le juge n'a pas tenu compte de l'art. 6(5) de la Loi sur les marques de commerce exigeant que la Cour prenne en considération tous les faits de l'affaire en déterminant si des marques créent de la confusion—Appel accueilli—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), chap. T-13, art. 6(5).

POLO RALPH LAUREN CORP. C. CAMEO OPTICAL LTD. (A-868-91, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 16-10-91, 2 p.)

CONTREFAÇON

La demanderesse est titulaire enregistrée de la marque de commerce «Gucci»—L'enregistrement ne vise pas les meubles—Les défenderesses, qui fabriquent et vendent des meubles, ont obtenu d'une société du Delaware une licence leur permettant d'employer la marque de commerce «Paolo Designed by Paolo Gucci», avec un avertissement au sujet de l'affiliation à la demanderesse—Paolo Gucci est un membre de la famille qui était auparavant associé à la demanderesse—Les meubles ne sont pas conçus par Paolo Gucci—Question de savoir s'il peut y avoir de la confusion—Question de savoir si l'on a utilisé le nom personnel de bonne foi—L'exception concernant le nom personnel est limitée à la personne qui porte ce nom—Insuffisance du lien entre Paolo Gucci et les parties au contrat de licence—La chose crée probablement de la confusion pour le consommateur ordinaire—Action accueillie—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), chap. T-13, art. 19, 20.

GUCCIO GUCCI S.P.A. C. MEUBLES RENEL INC. (T-780-90, juge en chef adjoint Jerome, jugement en date du 1-11-91, 9 p.)

Demande d'injonction interlocutoire empêchant la défenderesse de commencer à exploiter, à Toronto, un restaurant sous la raison sociale The Spruce Goose Brewing Company Ltd.—La demanderesse est titulaire de la marque de commerce «The Loose Moose Tap & Grill»—Depuis 1989, elle exploite un restaurant connu sous le nom de Loose Moose au centre de Toronto—Elle a consacré ses efforts et de l'argent pour établir une entreprise rentable et une clientèle considérable—La défenderesse se propose d'offrir un service et une ambiance identiques à la même clientèle—La demanderesse allègue qu'on risque de créer de la confusion puisque les mots Loose Moose et Spruce Goose ont un son similaire, bien qu'ils soient en fait différents—Demande rejetée—Ces mots sont non seulement différents, mais il existe aussi un lien distinctif entre Spruce Goose et l'aéronef bien connu de Howard Hughes—Si la confusion est établie à l'instruction, la demanderesse ne subira pas de préjudice irréparable car son entreprise est bien établie et la défenderesse n'a pas encore ouvert ses portes—Tout préjudice peut être évalué et donner lieu à une indemnité

MARQUES DE COMMERCE—Suite

—Si l'on interdit à tort à la défenderesse d'ouvrir ses portes, cette dernière subira un préjudice plus grave car les négociations avec les commanditaires, le personnel et le propriétaire sont terminées—De plus, ce préjudice est plus difficile à réparer au moyen d'une indemnité.

697234 ONTARIO INC. C. SPRUCE GOOSE BREWING CO. (T-2448-91, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 7-11-91, 4 p.)

ENREGISTREMENT

Appel du rejet de l'opposition à la demande d'enregistrement présentée par l'intimée à l'égard de la marque de commerce «Ricard» et du dessin, destinés à être employés en liaison avec des «vins, apéritifs à base d'anis, spiritueux anisés, boissons alcooliques à base d'anis», compte tenu de leur emploi au Canada depuis 1954—La société Pernod Ricard a été constituée en 1974 par suite de la fusion de deux sociétés, Ricard et Pernod; elle est propriétaire de toutes les marques de commerce des deux sociétés fusionnées—La Société pour l'exportation de grandes marques (la SEGM), une société française constituée en 1975, est une filiale à 100 % de Pernod Ricard et licenciée exclusive, pour le monde entier, des marques de commerce de Pernod Ricard—La SEGM représente Pernod Ricard au Canada depuis 1975—L'art. 30b) de la Loi sur les marques de commerce exige que le requérant indique la date à compter de laquelle le requérant ou ses prédécesseurs en titre désignés ont employé la marque—Molson a fait valoir que pour établir une date d'emploi au Canada qui soit antérieure à la période d'emploi réel par la requérante, cette dernière doit fournir la liste de tous les prédécesseurs en titre, mais qu'étant donné que la SEGM est une filiale à 100 % de Pernod Ricard, il est impossible qu'elle ait été prédécesseur en titre—La requérante a donc fait une fausse déclaration qui rend la marque de commerce invalide pour le motif que cette dernière ne pouvait pas être enregistrée à la date de l'enregistrement—Molson a également fait valoir que le registraire a pour pratique de rejeter une demande en vertu de l'art. 30b) dans les cas où, même si la question n'a pas été plaidée dans la déclaration d'opposition, la preuve établit que la demande est défectueuse—Pernod Ricard n'a fourni aucune preuve pour réfuter les allégations d'inobservation de l'art. 30, mais elle s'appuie sur la jurisprudence indiquant qu'une filiale peut être un prédécesseur: *Labatt (John) Ltd. v. Molson Companies Ltd.*—*Les Compagnies Molson Ltée* (1984), 3 C.P.R. (3d) 192 (Comm. d'opp. m.c.) et *Hardee's Food Systems, Inc. v. Hardee Farms International Ltd.* (1984), 1 C.P.R. (3d) 417 (Comm. d'opp. m.c.)—Compte tenu du témoignage du représentant de la SEGM, qui était une personne dûment autorisée à gérer les activités de Pernod Ricard au Canada, lequel n'a pas comparu devant le registraire, Molson s'est acquittée de l'obligation minimale qui lui incombait de fournir des preuves à l'appui de son allégation—Pernod Ricard n'a produit aucune preuve pour faire la lumière sur l'affaire et n'a pas satisfait aux exigences de l'art. 30b)—Appel accueilli—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), chap. T-13, art. 30b).

MOLSON BREWERIES C. PERNOD RICARD (T-1790-90, juge Dubé, jugement en date du 20-11-91, 8 p.)

MARQUES DE COMMERCE—Fin**RADIATION**

Requête en radiation de la marque «Club St-Tropez et desin» de l'intimée, destinée à être employée en liaison avec des vêtements de sport pour femmes, pour le motif qu'elle crée de la confusion avec la marque de commerce «Saint Tropez West» de la requérante, utilisée en liaison avec des vêtements pour femmes—L'intimée est propriétaire inscrite de la marque depuis novembre 1989—En avril 1990, l'intimée s'est opposée à la demande de la requérante, mais elle a par la suite retiré son opposition—Il incombe à la partie qui demande la radiation de prouver l'invalidité compte tenu de la présomption de validité créée par l'enregistrement—Lorsqu'il existe un doute au sujet de la validité de l'enregistrement d'une marque de commerce, la présomption de validité n'est pas réfutée et le doute doit être tranché en faveur de la marque—Étant donné que la requérante a déposé la demande d'enregistrement en 1985 et que celle-ci était pendante lorsque la demande de l'intimée a été enregistrée, la date dont il faut tenir compte pour déterminer s'il y a confusion est celle de la demande d'enregistrement présentée par la requérante—L'art. 6(5) de la Loi sur les marques de commerce prévoit que la Cour doit tenir compte de toutes les circonstances de l'espèce et notamment de certains critères lorsqu'elle détermine si une marque créée de la confusion—Saint-Tropez est un lieu géographique—Normalement, les termes géographiques descriptifs ne peuvent pas être enregistrés à moins d'avoir acquis un sens ou un nom graphique accessoire ou de distinguer les marchandises ou services—La Cour devrait considérer les marques dans leur ensemble et non les examiner point par point—Compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, la marque de l'intimée ne crée pas de confusion avec celle de la requérante—Les deux marques sont considérées comme faibles et on devrait donc leur permettre d'exister parallèlement—La requérante allègue également qu'en raison des allégations figurant dans la déclaration d'opposition, l'intimée ne peut pas nier que les marques créent de la confusion—Une fin de non-recevoir n'est pas justifiée—La question de la confusion constitue une conclusion juridique reposant sur un état de fait—Les déclarations figurant dans l'opposition sont de simples allégations non étayées par des arguments, des affidavits ou des éléments de preuve et le registraire n'a pas tranché la question—Cela ne constitue pas un aveu de l'existence de confusion et est peu ou non pertinent—Requête rejetée—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), chap. T-13, art. 6(5), 16(3)b).

CALIFORNIA FASHION INDUSTRIES, INC. C. REITMANS (CANADA) LTD. (T-387-91, juge Cullen, ordonnance en date du 10-10-91, 14 p.)

PEUPLES AUTOCHTONES**TERRES**

Renvoi visant à faire fixer le loyer payable à l'égard d'un terrain de la réserve indienne 38B de Kenora mis de côté à l'usage et au profit de la bande indienne de Rat Portage—Il y a 35 chalets et un pavillon sur le terrain—Le 4 janvier 1988, un bail de 20 ans a été conclu, lequel était rétroactif à 1985—Pen-

PEUPLES AUTOCHTONES—Fin

dant les trois premières années, le loyer annuel était de 33 000 \$—Le ministre fixait le montant du loyer tous les cinq ans de façon que celui-ci représente la juste valeur locative, sans toutefois être inférieur à 33 000 \$—La juste valeur locative est définie comme étant le montant du loyer payable pour un terrain similaire situé dans la région, à l'extérieur de la réserve, mais en l'absence de terrains comparables, le loyer ne devait pas être inférieur à 10 % de la juste valeur marchande de la parcelle—Étant donné qu'il n'y avait pas eu de location de terrains comparables dans la région, la deuxième méthode a été employée—Question de savoir si la propriété devrait être évaluée compte tenu de l'utilisation optimale: (1) partage en dix lots pour chalets, en prenant comme points de comparaison des terrains non lotis assujettis à toutes les lois applicables à l'extérieur de la réserve ou (2) utilisation existante comme propriété détenue par une coopérative fournissant 35 lots pour la construction de chalets sur 10,34 acres, compte non tenu des restrictions existantes s'appliquant à l'extérieur de la réserve en matière de lotissement—Sens de l'expression «juste valeur locative»—L'expression «terrain vague de dimensions... similaires» désigne un terrain dont les dimensions se rapprochent le plus possible de celle du terrain en cause—L'expression «de nature similaire» se rapporte à la situation géographique et topographique—«Terrain vague» s'entend d'un terrain sans amélioration—On n'aurait dû appliquer le critère de l'utilisation optimale qu'à des terrains comparables situés à l'extérieur de la réserve qui peuvent servir aux fins prévues dans la définition des usages permis du terrain en cause, soit des habitations unifamiliales saisonnières ou des chalets et des quais non commerciaux—L'existence d'immeubles devrait légitimement être prise en considération en vue de la détermination de l'utilisation optimale, mais selon les termes du bail, la norme est la valeur de terrains vagues situés à l'extérieur de la réserve—Le critère du terrain «utilisé à des fins analogues» exige qu'il soit tenu compte des usages légalement permis pour un terrain situé à l'extérieur de la réserve—Les propriétés dont l'évaluateur du demandeur s'est servi comme points de comparaison sont très différentes du terrain en cause et aucun ajustement exprès n'a été fait à l'égard de la date de la vente, de sorte que la valeur du terrain a été sous-estimée—La juste valeur marchande de la propriété a été fixée à 380 000 \$ de sorte que la juste valeur locative, soit 10 %, est de 38 000 \$ par année—Selon le bail, l'évaluation doit être fondée sur la valeur d'une propriété similaire située à l'extérieur de la réserve, mais cela est impossible parce que le terrain en cause comporte des avantages et des désavantages particuliers—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 17(3).

DEVIL'S GAP COTTAGES (1982) LTD. C. CANADA (T-2468-88, juge Strayer, jugement en date du 18-11-91, 14 p.)

PRATIQUE**APPELS ET NOUVEAUX PROCÈS**

Appel de la décision par laquelle le juge des requêtes a accueilli l'appel de la décision qu'avait prise le protonotaire de

PRATIQUE—Suite

ne pas ordonner la production d'un document—Appel rejeté—Le juge qui entend l'appel d'une décision du protonotaire sur une question portant sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire doit exercer son propre pouvoir discrétionnaire—Le juge n'est pas lié par l'opinion du protonotaire lorsque l'affaire ne porte pas sur des conclusions de fait fondées sur la crédibilité des témoins.

CANADA C. JALA GODAVARI (A-112-91, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 18-10-91, 3 p.)

FRAIS ET DÉPENS

Le demandeur, qui était avocat et s'est représenté lui-même, a eu gain de cause dans une affaire fiscale—Il a présenté un mémoire de frais comprenant les honoraires d'avocat, les frais de comparution du comptable au procès, les frais de préparation de la firme comptable—Les honoraires d'avocat ne peuvent pas être exigés par une partie qui agit pour son propre compte—Le comptable n'a pas témoigné à titre d'expert—La date d'introduction de l'instance ne constitue pas nécessairement le point de départ des dépens—Les frais du comptable ne sont pas l'équivalent du travail d'un avocat—Les débours ne donnent pas lieu à une indemnisation partielle—Une partie du travail effectué par le comptable n'est pas liée à l'instance devant la Cour fédérale—La date du jugement de la Cour de l'impôt constitue une date de départ raisonnable—Le montant des dépens, qui était de 6 075,65 \$, est taxé et adjugé jusqu'à concurrence de la somme de 1 219,83 \$.

SUTHERLAND C. M.R.N. (T-1856-89, officier taxateur Stinson, taxation en date du 15-11-91, 17 p.)

Requête en vue de l'obtention d'une ordonnance dans laquelle des directives spéciales seraient données à l'officier taxateur—La requérante Beloit s'est vu adjuger les dépens lorsqu'elle a eu gain de cause en appel—Le procès a duré quatre semaines et l'appel a duré neuf jours—Les avocats ont déclaré avoir consacré 2 350 heures à la préparation du procès—L'avocat en brevets employé par l'appelante est venu du Wisconsin pour donner des instructions aux avocats qui s'occupaient de l'appel—Le juge de première instance a adjugé contre la requérante les honoraires des avocats principaux et des avocats en second jusqu'à concurrence d'un montant supérieur à ce qui était prévu au tarif—L'avocat employé par la société est dans la même situation qu'une partie—Les frais de déplacement et de subsistance d'une partie ne sont pas admis—La préparation a été bien faite, mais le fait que les avocats y ont consacré 2 350 heures est «extravagant»—Un procès difficile ne suppose pas nécessairement un appel difficile—Les principes juridiques d'évidence et d'anticipation sont peu nombreux et bien connus—La Cour ordonne à l'officier taxateur d'accorder la somme globale de 30 000 \$ pour la préparation et de porter le montant des honoraires des avocats à l'audience à 600 \$ pour les avocats principaux et à 300 \$ pour les avocats en second.

BELOIT CANADA LTÉE C. VALMET-DOMINION INC. (A-587-89, A-588-89, A-589-89, A-590-89, juge Mahoney, J.C.A., ordonnance en date du 30-10-91, 7 p.)

PRATIQUE—Suite

JUGEMENTS ET ORDONNANCES

Annulation ou modification

Demande de réexamen et de correction des motifs du jugement—Mention dans le jugement du fait que les dispositions législatives en cause avaient récemment été abrogées et remplacées—L'effet des nouvelles dispositions est identique à celui des anciennes—Mention dans le jugement de la distance en milles, alors qu'il s'agit de kilomètres—La distance n'est pas pertinente aux fins de la décision—Les dispositions législatives appropriées doivent être substituées à celles qui sont indiquées dans les motifs du jugement—La mention des milles constitue une erreur visée par la Règle 337(6)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 337.

CHENIER (RE) (A-927-90, juge Mahoney, J.C.A., ordonnance en date du 16-10-91, 3 p.)

Jugement par défaut

Demande de jugement par défaut—La Cour a soulevé *ex proprio motu* la question de la compétence—L'audition a été ajournée en vue de permettre au demandeur de déposer des observations écrites au sujet de la question de la compétence—Action rejetée dans l'intervalle par un autre juge de première instance pour défaut de compétence—La Cour ne peut pas poursuivre l'audition de la requête en jugement—Demande rejetée.

CREIGHTON C. CREIGHTON HOLDINGS LTD. (T-1898-91, juge Joyal, ordonnance en date du 24-10-91, 2 p.)

Suspension d'exécution

Demande de suspension de l'exécution—Le juge de première instance a conclu que le fait que l'instruction avait duré 26 jours était attribuable au défendeur Nordmann, «homme téméraire»—La seule défense visait à tenter de ruiner la réputation de personnes honnêtes—Le juge de première instance a expliqué pourquoi il accordait peu de foi au témoignage de Nordmann et a conclu qu'aucun membre du groupe n'avait d'avoirs liquides—L'affidavit de Nordmann a été déposé à l'appui de la requête—L'avocat a pu «réfuter, paragraphe par paragraphe» les allégations concernant la valeur des biens—Il n'a pas été prouvé que les défendeurs seraient en mesure de fournir une garantie pour satisfaire au jugement—Demande rejetée.

SHIBAMOTO & Co. C. NICOLLE N (LE) (T-1810-88, juge Cullen, ordonnance en date du 12-11-91, 3 p.)

L'audition de la demande a duré trois jours—L'intimé n'est pas d'accord avec le requérant que l'audience devait être uniquement de nature procédurale—La décision est tout à fait compatible avec l'état actuel du droit—La loi exige clairement qu'un examen environnemental soit fait avant que le gouvernement fédéral donne son approbation—Question de savoir si l'ordonnance doit être suspendue—La Cour ne peut s'ingérer

PRATIQUE—Suite

dans la décision d'un autre juge de la Section de première instance que dans des circonstances extraordinaires—Demande rejetée.

CONSEIL DE LA TRIBU CARRIER-SEKANI C. CANADA (MINISTRE DE L'ENVIRONNEMENT) (T-2686-90, T-2687-90, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 12-7-91, 4 p.)

MODIFICATION DES DÉLAIS

Demande présentée en vertu de l'art. 56(5) de la Loi sur les marques de commerce et des Règles 704(3) et 704(8) des Règles de la Cour fédérale en vue de l'obtention d'une ordonnance accordant à l'appelante une prorogation de délai jusqu'au 15 décembre 1991 pour déposer une preuve par affidavit—Opposition de la requérante à l'enregistrement de la marque de commerce «Helsinki Formula» de l'intimée—Opposition rejetée par la Commission des oppositions aux marques de commerce par suite du manque de preuve—Les décisions fondées sur la Règle 704(8) sont censées être sommaires—La requérante doit prouver l'existence d'une excuse ou raison qui justifie le retard et démontrer la pertinence et l'admissibilité de la preuve, c.-à-d. qu'elle sert les intérêts de la justice—Preuve d'une excuse ou d'une raison valable justifiant le retard présentée par la requérante, c.-à-d. la nécessité d'obtenir la preuve d'une ou de plusieurs tierces parties—Redressement accordé dans l'intérêt de la justice—Demande accueillie—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), chap. T-13, art. 56(5)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 704(3),(8).

BIO-GENERATION LABORATORIES INC. C. PANTRON I, CORP. (T-2462-91, juge Cullen, ordonnance en date du 17-10-91, 5 p.)

PLAIDOIRIES

Détails

Demande présentée par les défendeurs au sujet de l'ordonnance de fournir des détails—L'ordonnance fait mention de certains documents groupés en liasse et oblige les défendeurs à mieux les décrire—Il ne convient pas qu'une partie révèle l'existence de liasses de documents sans les identifier et revendique unilatéralement l'existence d'un privilège à leur égard—Des détails suffisants doivent être fournis de façon à permettre au demandeur de déterminer s'il existe une preuve *prima facie* de privilège—En vertu de la Règle 449(2), la partie qui souhaite invoquer le privilège doit énoncer les motifs à l'appui—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 449(2).

GILBERT C. FRANK H. BROWN (LE) (T-1457-90, juge Joyal, ordonnance en date du 27-11-91, 3 p.)

Requête en radiation

Requête présentée par les défendeurs en vue de l'obtention 1) d'une ordonnance radiant les parties de la déclaration visant Sa Majesté pour le motif qu'elles ne révèlent aucune cause raisonnable d'action, 2) d'une ordonnance radiant toute la déclaration à l'égard de deux autres défendeurs pour le motif qu'elle

PRATIQUE—Suite

ne révèle aucune cause raisonnable d'action, 3) d'une ordonnance suspendant l'action, 4) d'une ordonnance en vue de l'obtention de détails—En 1976, le demandeur a été élu chef de la bande indienne Westbank en Colombie-Britannique—Il agissait à titre d'agent du ministère des Affaires indiennes et s'occupait des problèmes continus de la bande—Le gouvernement fédéral a ordonné la tenue d'une enquête publique car de nombreux membres de la bande n'étaient pas satisfaits des mesures prises par le demandeur—La demande du demandeur est fondée sur le refus du Ministère de lui assurer les services d'un avocat et de lui communiquer des documents—Allégation de violation de l'obligation fiduciaire de la Couronne—Requête en radiation fondée sur la Règle 419(1)a)—Aucune preuve admissible sur ladite demande; faits allégués dans la déclaration tenus pour avérés—La déclaration ne peut être radiée que dans les cas évidents et manifestes et lorsqu'il n'existe aucun doute—En vertu de la Règle 419(2), aucune preuve autre que les plaidoiries ne peut être prise en considération—Aucun acte précis et personnel allégué contre les défendeurs McKnight et Anderson—Requête en radiation de la déclaration accueillie à l'égard des deux défendeurs—Il n'appartient pas au juge des requêtes de déterminer si le demandeur peut fonder sa demande sur l'obligation fiduciaire de la Couronne—La déclaration ne doit pas être radiée s'il est possible que le juge de première instance se prononce en faveur du demandeur—La jurisprudence établit clairement que la Couronne a une obligation fiduciaire envers les Indiens—Il n'y a pas lieu de radier la déclaration contre la Couronne pour défaut de cause raisonnable—Il n'est pas évident, manifeste et indubitable que le demandeur n'a aucune cause raisonnable d'action—Action concernant l'enquête Westbank suspendue en attendant la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique—Permettre que l'action se poursuive constituerait un abus de la procédure judiciaire vu la possibilité pour le demandeur d'obtenir un double recouvrement à l'égard des mêmes dommages—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 419(1)a),(2).

DERRICKSON C. CANADA (T-910-90, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 20-11-91, 18 p.)

Requête visant à faire radier la déclaration débattue au cours d'une conférence téléphonique après le dépôt par les parties de leurs observations écrites et la présentation d'observations au moyen d'une conférence téléphonique portant sur l'opportunité de procéder ainsi—Selon une condition du permis d'exploitation hydraulique délivré par l'Office des eaux des Territoires du Nord-Ouest à l'égard de la mine Polarix, Cominco était tenue de se conformer au Programme de réseau de surveillance—L'Office a également imposé la condition selon laquelle il était réputé avoir le pouvoir de modifier unilatéralement à son gré le Programme—L'art. 14 de la Loi sur les eaux intérieures du Nord exige l'approbation du ministre à l'égard de toute modification des conditions d'un permis d'exploitation hydraulique et l'art. 17 exige la tenue d'une audience publique lorsque l'Office envisage de modifier un permis—L'Office a modifié le Programme sans l'approbation du ministre et sans tenir une audience publique—Dans la déclaration, il est allégué que les modifications sont *ultra vires* et sans effet et que l'imposition de la condition inhérente au permis selon laquelle l'Office peut modifier le Programme constitue un exercice irrégulier

PRATIQUE—Suite

gulier et non autorisé du pouvoir d'assortir un permis de conditions et une délégation irrégulière de pouvoir discrétionnaire que possède le ministre d'approuver les modifications apportées à un permis—Il est également allégué que les conditions du Programme et le Programme modifié sont déraisonnables—Le défendeur soutient que la Section de première instance de la Cour fédérale n'a pas compétence car en vertu de l'art. 28, la Cour d'appel a compétence pour réviser les décisions d'un office fédéral comme le défendeur—Demande rejetée—Dans son argumentation, le défendeur soulevait simplement des questions au sujet de la tribune qui convient pour obtenir un redressement—Étant donné que la déclaration ne porte pas simplement sur un appel d'une ordonnance de l'Office, il n'est pas clair que la Section de première instance n'a pas compétence—Loi sur les eaux intérieures du Nord, L.R.C. (1985), chap. N-25, art. 14, 17.

COMINCO LTD. C. CANADA (OFFICE DES EAUX DES TERRITOIRES DU NORD-OUEST) (T-972-90, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 20-11-91, 5 p.)

Déclaration visant à faire modifier le passeport de façon qu'il y soit fait mention de la nationalité polonaise—Il n'a pas été allégué qu'il s'agit d'une omission ou d'une erreur—Puisque la formule du passeport est prescrite par la loi et le règlement, la modification constituerait une violation de l'obligation que la loi impose au ministre et serait contraire à la loi—Étant donné que la déclaration ne vise pas à obtenir la réparation d'un préjudice ou une réparation que la Cour peut accorder, la requête en radiation est accueillie.

RUDOWSKI C. CANADA (T-809-91, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 21-6-91, 3 p.)

La plaidoirie du demandeur consiste en allégations vagues au sujet du fait que «les espions [le] trompent» et du fait que «les avocats avaient peur de discuter du sujet»—Aucun grief donnant matière à procès n'a été révélé—Déclaration radiée sans autorisation de la modifier, mais avec la permission de déposer une nouvelle déclaration à condition que celle-ci révèle le grief véritable contre la Reine ou le gouvernement et qu'elle soit préparée par une personne qui peut formuler le grief clairement dans l'une des langues officielles.

SALEM C. CANADA (T-2139-91, juge Muldoon, ordonnance en date du 14-11-91, 5 p.)

PRATIQUE—Fin

REJET DES PROCÉDURES

Défaut de poursuivre

Appel du refus de rejeter l'action pour défaut de poursuite pour le motif que la défenderesse avait tardé à agir pendant tout le litige—La demanderesse a attendu deux ans après le dépôt de la défense avant de présenter un exposé conjoint des faits—Un an plus tard, la défenderesse a demandé la suspension—Requête rejetée, bien que le protonotaire adjoint eût reconnu que le retard de deux ans aurait justifié l'octroi de la requête en vue du rejet de l'action pour défaut de poursuivre si la demande avait été présentée dans un délai raisonnable—En appel d'une décision du protonotaire, le juge de première instance doit exercer son propre pouvoir discrétionnaire—La défenderesse a établi qu'un retard démesuré et inexcusable lui a causé un préjudice grave—Le temps écoulé depuis que se sont produits les faits ayant donné naissance à l'action (un appel en matière fiscale) est suffisamment long pour que les témoins aient oublié de nombreux faits—Le fait que la demanderesse a tardé à procéder justifie en soi le rejet de l'action et compte tenu des circonstances, ce fait n'est pas modifié par le retard subséquent de la défenderesse—Il est faux de dire que par son inaction, la défenderesse a excusé le défaut de procéder de la demanderesse—Dans *Farrar v. McMullen*, [1979] 1 O.R. 709, la Cour d'appel a rejeté l'idée qu'une demande de rejet d'une action pour défaut de poursuivre doit être rejetée lorsque le défendeur a trop tardé à agir: le défendeur n'est pas tenu de pousser le demandeur à agir s'il ne veut pas perdre son droit de demander le rejet de l'action pour défaut de poursuivre—Le retard de la demanderesse était de nature à causer un préjudice à la défenderesse à l'instruction—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 336(5).

CANADA C. AQUA-GEM INVESTMENTS LTD. (T-1727-86, juge Rouleau, ordonnance en date du 8-11-91, 4 p.)

RENOIS

Renvoi en vue de déterminer le montant des dommages-intérêts de la demanderesse ainsi que les intérêts et les dépens contre la défenderesse West Indies Shipping Corp.—Demande résultant des avaries causées à la cargaison—Le montant des dommages-intérêts de la demanderesse est fixé à 9 762,90 \$—La question des intérêts avant et après jugement sera tranchée par la Cour sur demande de jugement.

JONAS BROWNE & HUBBARD (G'DA) LTD. C. CARICOM VENTURE (LE) (T-976-88, arbitre Daoust, rapport en date du 26-6-91, 2 p.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne sont pas retenues pour publication intégrale ou abrégée dans le Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada. On peut demander une copie du texte complet de toute décision de la Cour fédérale au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

ASSURANCE-CHÔMAGE

Demande fondée sur l'art. 28 attaquant la décision par laquelle le juge-arbitre rejetait l'appel de la Commission de l'emploi et de l'immigration—Celui-ci a commis deux erreurs—La première a été de croire que la Commission n'attaquait pas la décision du conseil arbitral pour cause d'erreur de droit—La seconde erreur a été de tenir pour acquis qu'un appelant devant le juge-arbitre ne peut jamais invoquer d'autres motifs d'appel que ceux qu'il a expressément mentionnés dans son avis d'appel—L'avis d'appel peut, comme toute autre pièce de procédure, être amendé—Demande accueillie.

CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) C. GAUDET (A-131-90, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 5-11-91, 2 p.)

Demande présentée en vertu de l'art. 28 contre une décision d'un juge-arbitre rendue sous le régime de la Loi sur l'assurance-chômage—Répartition d'une rémunération versée à un assuré pendant la période au cours de laquelle il est admis à réclamer des prestations d'assurance-chômage—L'intimé a signé avec l'Université du Québec à Chicoutimi différents contrats qui lui assuraient des versements périodiques de salaire—Il a également touché des prestations d'assurance-chômage pendant cette période—La Commission l'a avisé que la rémunération qu'il avait reçue devait être répartie sur toutes les semaines couvertes par les contrats—L'intimé a contesté l'avis et un conseil arbitral lui donna raison—Le juge-arbitre a refusé d'intervenir au motif qu'il ne lui appartenait pas de substituer sa conclusion à celle du conseil arbitral—Il s'agit strictement d'une question d'interprétation de dispositions de la Loi et du Règlement sur l'assurance-chômage—C'est à tort que les membres du conseil arbitral et le juge-arbitre ont considéré les dates où l'intimé avait effectivement donné ses cours—Ce ne sont pas les dates où l'employé exécute ses obligations qu'il faut regarder mais la période où la rémunération était payable—Décision annulée et affaire renvoyée au juge-arbitre—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), chap. U-1, art. 15(2)—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., chap. 1576, art. 57(1)a), 58(4).

CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) C. FRENETTE (A-951-90, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 8-11-91, 6 p.)

Demande de révision de la décision du juge-arbitre—Le juge-arbitre a conclu que l'intimé devait rembourser le prêt en recevant une pension plus petite—Il y a un prêt lorsqu'il existe

ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin

une obligation de rembourser et une preuve documentaire de l'obligation—Preuve documentaire abondante—Demande rejetée.

CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) C. DAWLEY (A-1050-90, juge Linden, J.C.A., jugement en date du 19-11-91, 2 p.)

BREVETS

CONTREFAÇON

Raychem Corp. est titulaire d'un brevet concernant une méthode simple et peu coûteuse de rendre extensibles certaines parties de vêtements à usage unique (à savoir la taille de couches jetables)—Procter & Gamble est la licenciée exclusive—Action en contrefaçon fondée sur la fabrication et la vente au Canada par la défenderesse, depuis avril ou mai 1986 jusqu'en janvier 1991, de couches jetables «Huggies» dans lesquelles du pebax ou du coban était utilisé à la taille—La défenderesse nie la contrefaçon et conteste la validité du brevet en invoquant l'évidence et l'omission de désigner le coinventeur et en soutenant que les demanderesse ne peuvent pas demander réparation en vertu du brevet compte tenu des dispositions concernant l'abus de position dominante figurant dans la Loi sur la concurrence—L'invention consiste essentiellement à poser sur un tissu un matériau thermoélastomérisable et à le chauffer pour qu'il fronce le tissu et devienne élastique—L'invention vise également les vêtements fabriqués à l'aide de pareil tissu froncé—Le matériau thermoélastomérisable en soi, la sorte de tissu, le moyen d'assemblage, le vêtement, ne font pas partie de l'invention—Examen des principes d'interprétation des brevets—Question de savoir qui est la «personne versée dans l'art»; sens de l'expression «thermoélastomérisable»—Un fabricant de vêtements ayant des connaissances de base sur la chimie des élastiques thermorétractables est une personne versée dans l'art capable de mettre le brevet en application—Le mot «thermoélastomérisable» veut dire reprendre sa forme primitive sous l'action de la chaleur—Les deux critères de contrefaçon, soit (1) la détermination de la question de savoir si une contrefaçon littérale ou textuelle a été commise et, dans la négative, si l'on s'est approprié la substance (ou la substantifique moelle) de l'invention revendiquée, et (2) une interprétation fondée sur le but visé, sont essentiellement les mêmes—Il ne s'agit pas de savoir si la variante est essentielle dans une utilisation particulière, mais si

BREVETS—Suite

elle est essentielle à l'invention envisagée, c.-à-d. qu'il ne s'agit pas de savoir si la thermoélastomérisation est un élément essentiel de la couche, mais si c'est essentiel pour l'invention—L'inventeur voulait que la thermoélastomérisation soit un aspect essentiel de l'invention—Étant donné que le coban n'est pas thermoélastomérisable (il ne reprend pas sa forme primitive sous l'action de la chaleur) il n'est pas visé par les revendications du brevet et il ne contrefait pas le brevet—L'inventeur ne voulait pas inclure dans le brevet des matériaux comme le coban, qui sont différents des matériaux qu'il avait envisagés—Présomption *prima facie* de validité du brevet enregistré—Il incombe à la défenderesse de prouver l'invalidité selon la prépondérance des probabilités—Critères permettant de déterminer l'antériorité—L'examen de brevets antérieurs montre que les revendications du brevet ne sont pas frappées d'antériorité—L'invention n'est pas évidente compte tenu des connaissances générales—L'invention manifeste l'étincelle d'ingéniosité inventive requise—La défenderesse soutient que l'omission de désigner le coinventeur constitue une déclaration importante non conforme à la vérité qui invalide le brevet—Le présumé coinventeur a identifié le problème de l'élasticité et la technologie Raychem comme élément possible de solution—Aucun acte d'invention—Aucun coinventeur et aucune déclaration non conforme à la vérité—Aucune preuve n'appuie l'allégation d'abus de position dominante—Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, chap. P-4, art. 28(1)b, 47—Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), chap. C-34, art. 78 (édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), chap. 19, art. 45), 79 (édicte, idem).

PROCTER & GAMBLE CO. C. KIMBERLY-CLARK OF CANADA LTD. (T-1493-86, juge Teitelbaum, jugement en date du 13-12-91, 81 p.)

Demande d'injonction interlocutoire interdisant aux défendeurs d'utiliser, de fabriquer et de vendre un système de silo tubé sous-marin que les défendeurs appellent «système Tornado Drill»—La demanderesse est titulaire des lettres patentes canadiennes pour le système Hyperborer, se rapportant à un dispositif et à une méthode d'enfoncement et d'installation d'un silo sous-marin de protection à fond ouvert—La réglementation canadienne exige qu'une certaine partie des têtes de puits de pétrole et de gaz soit enfoncée sous le fond océanique de façon à les protéger contre les dommages pouvant résulter du passage des icebergs—Par le passé, la pratique était de creuser une vaste cuvette sans soutènement au fond de la mer, appelée «entonnoir souterrain», à la base duquel la tête de puits était installée—Avec le système Hyperborer, on enfonce un silo à fond ouvert (appelé «entonnoir soutenu») au fond de la mer—Le système Tornado Drill constitue apparemment une contrefaçon du dispositif—L'injonction interlocutoire est un redressement exceptionnel: *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] 1 All ER 504 (H.L.)—Les principes énoncés dans cet arrêt ont été adoptés par la Cour d'appel fédérale dans *Turbo Resources Ltd. c. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 C.F. 451 et dans *Syntex Inc. v. Novopharm Ltd.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 129 (C.A.F.)—La contrefaçon d'un brevet est une question sérieuse à trancher—Ni la demanderesse ni les défendeurs ne

BREVETS—Fin

risquent de subir de préjudice irréparable selon que l'injonction sera accordée ou refusée—Il incombe à la demanderesse d'établir l'existence d'un préjudice irréparable—La preuve à l'appui de l'allégation doit être claire et ne doit pas reposer sur une conjecture—Il est difficile de retenir l'argument selon lequel les activités des défendeurs empêchent la demanderesse de pénétrer le marché lorsque cette dernière ne possède pas de machine commerciale prête à être utilisée—Le fait que la demanderesse ne dispose pas d'une machine prête à être utilisée est probablement la raison pour laquelle elle ne peut pas pénétrer le marché, étant donné que la saison de forage dans la mer de Beaufort est courte en raison des températures extrêmes et du danger que posent les icebergs flottants—De même, une injonction n'obligerait pas les défendeurs à fermer leurs portes—Cela n'empêcherait pas les défendeurs de vendre la technique à des sociétés étrangères—Récemment, aucun silo sous-marin n'a été installé et aucune demande de soumission pour des travaux de ce genre ne doit être faite dans un avenir rapproché—Quant à la répartition des inconvénients, si les facteurs semblent s'équivaloir, il faut maintenir le statu quo—Selon les dates d'enregistrement, la demanderesse est la première à avoir exploité la technique, mais les défendeurs ont été les premiers à l'utiliser—Étant donné qu'aucune des parties n'a établi le risque de préjudice irréparable, la demande est peut-être prématurée—Il est difficile de justifier une rupture du statu quo—Les deux parties ont confirmé qu'elles proposeraient conjointement des dates de procès dans un très proche avenir—Demande rejetée.

LME PETROSCOPE LTD. C. MACGREGOR (T-3195-90, juge Rouleau, ordonnance en date du 4-11-91, 8 p.)

PRATIQUE

Requête en radiation—Appel de la décision par laquelle le protonotaire chef a refusé de radier certains paragraphes de la déclaration—Le pouvoir discrétionnaire n'a pas été exercé conformément à un principe de droit erroné ou à une mauvaise compréhension des faits—Il n'est pas clair et évident que les paragraphes contestés sont futiles ou constituent un abus des procédures—Les demanderesses peuvent encore avoir une demande valable en vue du paiement des profits ou des dommages-intérêts contre la défenderesse en l'espèce même si elles ont déjà obtenu un jugement contre la défenderesse Tye-Sil dans une autre action—Le recouvrement d'un importateur ou fabricant n'empêche pas le recouvrement de l'acheteur ou de l'utilisateur du même brevet donnant lieu à la contrefaçon—La demanderesse ne peut pas recouvrer de la même défenderesse à la fois des profits et des dommages-intérêts, mais elle peut les réclamer de parties différentes: *Toronto Auer Light Co., Ltd., et al. v. Colling* (1898), 31 O.R. 18 (Cour div.)—Appel rejeté—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 419(1)c,f).

DIVERSIFIED PRODUCTS CORP. C. CONSUMERS DISTRIBUTING CO. (T-2342-86, juge Dubé, ordonnance en date du 4-11-91, 2 p.)

CITOYENNETÉ

CONDITIONS DE RÉSIDENCE

Appel contre le rejet de demandes de citoyenneté—Les appelants sont arrivés au Canada après leur départ de Hong Kong le 27 juin 1987 et se sont vu conférer le statut d'immigrants établis—Ils avaient acheté un condominium à Toronto avant leur arrivée et avaient investi 250 000 \$ dans une société canadienne—Ils ont ouvert des comptes bancaires, obtenu des numéros d'assurance sociale et adhéré au régime d'assurance-maladie provincial—Un fils les accompagnait; il a étudié à l'université Queen's pendant les trois années qui ont suivi—Les appelants sont retournés à Hong Kong trente-quatre jours après leur arrivée—Ils ont continué à exploiter des entreprises et sont demeurés propriétaires d'un appartement à Hong Kong—En mai 1990, ils sont revenus au Canada et, le 7 juillet 1990, ils ont demandé la citoyenneté—Ils n'ont été présents au Canada que pendant 330 jours—Les appelants ont résidé au Canada pendant les seize mois qui ont suivi la présentation de leur demande de citoyenneté, mais seule la durée de la résidence avant la date de présentation de la demande est pertinente—Appels rejetés—Les activités des appelants, après avoir pris des mesures pour établir leur résidence au pays, ne montrent pas qu'ils ont continuellement résidé au Canada, mais qu'ils avaient l'intention de s'établir de nouveau au Canada à l'avenir—Les appelants n'ont pas clairement centré leur vie au Canada—Demandes prématurées—Un juge de la Cour fédérale n'a pas compétence pour examiner le refus d'un juge de citoyenneté de recommander l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par l'art. 5(3) ou (4)—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), chap. C-29, art. 5(1)c),(3),(4).

LI (RE) (T-440-91, juge Strayer, jugement en date du 25-11-91, 4 p.)

Il s'agit de savoir si l'intimée a obtenu la citoyenneté canadienne par fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels—L'intimée a été admise pour la première fois au Canada le 29 mars 1973 et une ordonnance d'expulsion a été rendue contre elle le 25 mai 1973—Elle a quitté volontairement le Canada le 29 novembre 1974 pour retourner en Haïti—La Commission d'appel de l'immigration a rejeté son appel le 27 mai 1975 et statué que l'ordonnance d'expulsion soit exécutée le plus tôt possible—L'intimée est revenue au Canada le 9 avril 1976 à titre d'immigrante reçue—Elle a obtenu sa citoyenneté canadienne le 6 octobre 1981—Le requérant reproche à l'intimée d'avoir dissimulé intentionnellement un fait essentiel, celui d'avoir fait l'objet d'une ordonnance d'expulsion de la part des autorités canadiennes—La réponse attribuée à l'intimée, en regard de la question posée à ce sujet, n'était pas véritablement fautive—L'intimée ayant quitté le Canada volontairement avant la confirmation de l'ordonnance d'expulsion, elle n'a pas été expulsée du Canada puisque ladite ordonnance n'a jamais été exécutée—Elle a toujours cru que l'ordonnance d'expulsion et les procédures d'appel s'étaient éteintes par son départ volontaire du Canada—La présomption de l'art. 10(2) de la Loi sur

CITOYENNETÉ—Fin

la citoyenneté ne s'applique pas—Jugement rendu en faveur de l'intimée—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), chap. C-29, art. 10(1),(2), 18(1)(b).

CANADA (MINISTRE D'ÉTAT AU MULTICULTURALISME ET À LA CITOYENNETÉ) C. JULIEN (T-1177-91, juge Pinard, jugement en date du 1-11-91, 7 p.)

CONTRÔLE JUDICIAIRE

Décision prise pour le compte de l'intimé en vue de l'annulation de l'agrément du requérant, qui faisait des inspections pour la Direction générale de la production et de l'inspection des aliments d'Agriculture Canada—Question de savoir si les exigences fondamentales de l'équité ont été satisfaites—Le critère d'équité s'applique dès qu'un fonctionnaire exerce des pouvoirs de décision en vertu de la loi—La décision relative à l'agrément a une importance considérable pour le vétérinaire concerné—Question importante se posant à l'égard de la santé publique et de la réputation du Canada en ce qui concerne l'exportation de bétail—Cette procédure n'est pas un procès judiciaire portant sur des accusations criminelles—Les motifs de fait de l'annulation sont fondés sur des discussions que les avocats ont eues «sous toutes réserves»—La décision est fondée sur des renseignements obtenus d'une manière illégitime—Décision annulée, le Ministère ayant le droit de tenir une nouvelle audience—Il ne s'agit pas d'une affaire qui doit nécessairement être tranchée devant un tribunal indépendant—L'équité exige qu'un avis clair soit donné au requérant en ce qui concerne l'accusation, les motifs d'annulation de l'agrément ainsi que la nature et les sources de renseignements sur lesquels la décision est fondée—Une procédure administrative est en cause en l'espèce—Le principe de l'équité est suffisamment souple pour permettre la suspension temporaire au moyen d'une procédure sommaire et un examen plus complet de la question de la suspension à long terme—Délégation implicite de pouvoir au sein de l'administration reconnue par une jurisprudence importante—La décision d'annuler la décision du fonctionnaire en l'espèce ne doit pas être considérée comme un jugement sur le fond et n'empêchera pas le Ministère d'annuler de nouveau l'agrément.

MURRAY C. CANADA (MINISTRE DE L'AGRICULTURE) (T-826-91, juge Strayer, ordonnance en date du 13-12-91, 8 p.)

Appel contre le rejet par l'Office national des transports d'une requête présentée par la Ville de Montréal—À la suite d'un réaménagement de certains territoires imposé par la Loi modifiant la Charte de la Ville de Montréal, la ville a demandé la permission de construire un tunnel et un viaduc—Canadien Pacifique Ltée s'opposa à cette requête—Après diverses rencontres entre les parties concernées, les avocats de la ville ont écrit à l'Office, le 21 juillet 1989, pour lui faire savoir que leur client refusait de préparer des études préliminaires sur la construction d'une rue dans une tranchée—Moins d'un mois plus tard, la ville a demandé à l'Office de se prononcer sur la requête qu'elle lui avait présentée en juin 1986—L'Office n'a pas répondu aux lettres de la ville mais a plutôt rendu une décision rejetant la requête de la ville—Celle-ci invoque l'inobser-

CONTRÔLE JUDICIAIRE—Fin

vation de la règle *audi alteram partem*—La situation en 1989 était différente de celle qui existait en 1987—L'Office n'avait aucune raison valable de refuser à la ville l'occasion d'ajouter aux observations qu'elle avait déjà faites—Un tribunal ne peut refuser d'entendre les observations que veut lui faire une partie à moins que ces observations ne soient tardives ou clairement futiles—Appel accueilli.

MONTRÉAL (VILLE) C. CANADA (OFFICE NATIONAL DES TRANSPORTS) (A-318-90, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 9-12-91, 5 p.)

La présente demande fondée sur l'art. 28 n'a pas d'objet véritable et les faits invoqués devant la Cour ne conduisent d'aucune façon au remède demandé—Le juge concerné a refusé d'intervenir pour interpréter une disposition de la convention collective régissant les parties en invoquant qu'il était *functus officio*—Il ne s'agit pas d'une décision qui affecte les droits des parties, encore moins d'une décision qui aurait pu être soumise au processus judiciaire ou quasi judiciaire en vertu de l'art. 28—Demande rejetée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.

SOCIÉTÉ CANADIENNE DES POSTES C. SYNDICAT DES POSTIERS DU CANADA (A-803-90, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 17-10-91, 2 p.)

BREFS DE PRÉROGATIVE

Requête en *certiorari* et *mandamus* à l'encontre d'une décision de la Commission intimée—Selon l'arrêt de la Cour suprême *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada* (Commission canadienne des droits de la personne), [1989] 2 R.C.S. 879, une telle décision n'est pas soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire—Il s'agit d'une décision purement administrative qui demeure pleinement soumise au contrôle judiciaire—Le rapport d'enquête complet a été remis à la requérante avant qu'elle ne formule ses observations à la Commission—Les règles d'équité procédurale telles que définies dans l'arrêt précité ont été dûment respectées—L'absence de motifs de la décision de la Commission ne viole pas plus l'équité procédurale qu'elle ne viole la Loi—L'autorité administrative ayant agi équitablement sur le plan procédural, le recours de la requérante est sans fondement.

MERCIER C. CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) (T-1742-91, juge Pinard, ordonnance en date du 4-10-91, 8 p.)

COURONNE**CONTRATS**

Action en réclamation d'une somme de 1 312,15 \$ à titre de solde du prix de vente d'une camionnette GMC—La demanderesse devait livrer à la défenderesse une camionnette munie d'un réservoir à essence d'une capacité de 113.7 litres—Non seulement le réservoir installé sur la camionnette était plus

COURONNE—Suite

grand que convenu mais son installation était de nature à porter atteinte à l'esthétique du véhicule et à causer des inconvénients pratiques sérieux—Inexécution de l'obligation de la demanderesse de se conformer au contrat—La défenderesse s'est adressée à un tiers pour remettre le véhicule en état et pour y installer un réservoir d'une capacité de 100 litres—Elle était donc fondée à déduire le coût des travaux au montant de 862,15 \$ mais non la somme additionnelle de 450 \$ qu'elle devra rembourser à la demanderesse, plus l'intérêt payable conformément à la politique du gouvernement—Action accueillie en partie.

AUTOMOBILES GIGUÈRE INC. C. CANADA (T-2281-88, juge Pinard, jugement en date du 25-11-91, 3 p.)

PRÉROGATIVES

Demande en vue de l'obtention d'un *certiorari* et d'un *mandamus* annulant le refus de la Commission des oppositions des marques de commerce (la COMC) de permettre certaines modifications à la déclaration d'opposition de la requérante et ordonnant au registraire et à son représentant de permettre lesdites modifications—Les avocats de la partie privée intimée se sont vigoureusement opposés à la demande de modification de la déclaration d'opposition de Postes Canada—La COMC a rejeté la demande de la requérante parce qu'elle serait préjudiciable à la partie privée intimée et causerait un retard additionnel—Postes Canada a soutenu que la marque de commerce n'était pas enregistrable parce qu'elle allait à l'encontre des art. 9(1)d) et 12(1)e) de la Loi sur les marques de commerce—Les modifications à première vue valides de la déclaration d'opposition devraient être permises—La COMC n'a pas le droit ou la compétence d'écarter les énoncés de politique formulés par le législateur—Le registraire et la COMC ne sont pas au-dessus de la loi—L'intimé n'a établi aucun préjudice particulier à part le passage du temps et l'absence de dépens compensatoires en matière de procédures d'opposition—Le statut prééminent conféré à Postes Canada par la Loi sur la Société canadienne des postes est une question d'intérêt et d'ordre publics que la COMC est tenue de respecter—Le statut monopolistique spécial de Postes Canada place celle-ci dans une situation plus favorable que les parties ordinaires dans une procédure concernant une marque de commerce—Le fait d'annoncer faussement un «bureau de poste» est assujéti à des sanctions pénales—Postes Canada est légitimement tenue de défendre et faire valoir son monopole ainsi que ses droits et ses oppositions en matière de marque de commerce—Le retard à formuler des motifs d'opposition ne peut pas prévaloir contre Postes Canada—La partie privée intimée n'a subi aucun préjudice et n'a pas engagé de frais supplémentaires en ce qui concerne les procédures fondées sur la Loi sur les marques de commerce—La requérante a le droit de modifier la déclaration d'opposition de la manière proposée—En exerçant son pouvoir discrétionnaire de refuser les modifications, la COMC a commis une erreur de droit—Les dépens sont adjugés à la partie privée intimée déboutée puisque Postes Canada a omis de formuler son opposition aux demandes de marques de commerce et de remplir dès le début le devoir imposé par la loi—Loi sur

COURONNE—Fin

la Société canadienne des postes, L.R.C. (1985), chap. C-10, art. 2(1),(2), 5(1), 14(1), 16(1),(2), 19(1), 23, 25, 56, 58(1), (2), 60, 61.

SOCIÉTÉ CANADIENNE DES POSTES C. CANADA (REGISTRAIRE DES MARQUES DE COMMERCE), (T-1602-91, juge Muldoon, ordonnance en date du 10-12-91, 27 p.)

RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE

Prescription—Poursuite en dommages-intérêts intentée contre la Couronne à la suite d'événements survenus en février 1987 lors de l'exécution par des agents de la GRC de mandats de perquisition et d'arrestation concernant une demande d'extradition de la République française—Procédures engagées le 20 mars 1989 et modifiées subséquemment—Les événements dont le demandeur se plaint étant survenus au Québec, l'art. 2261 du Code civil doit s'appliquer—Celui-ci énonce qu'une action en dommages-intérêts résultant d'un délit ou d'un quasi-délit se prescrit par deux ans—Le demandeur a su dès le 25 février 1987 qu'une demande d'extradition pesait contre lui, il a eu connaissance des faits soi-disant dommageables à cette date et la prescription commençait à courir à compter de cette date—L'action est prescrite et, de toute façon, elle n'a aucun fondement—Action rejetée—Code civil du Bas Canada, art. 2261.

PRIEUR C. CANADA (T-558-89, juge Denault, jugement en date du 20-11-91, 5 p.)

DOUANES ET ACCISE

LOI SUR LA TAXE D'ACCISE

Appel du jugement [[1991] 2 C.F. F-2] par lequel la Section de première instance a rejeté l'appel interjeté contre le refus du ministre de rembourser la taxe de vente fédérale sur des connecteurs de ferme en acier galvanisé—L'appelante fabrique des connecteurs incorporés par d'autres fabricants aux fermes pour les toitures—Question de savoir s'il y a exemption pour le motif qu'il s'agit d'«acier de construction ouvré» (*«fabricated structural steel»* dans la version anglaise) en vertu de l'art. 26(4)d) de la Loi—Le législateur voulait exempter les matériaux qui font concurrence à des matériaux de construction assemblés sur le chantier—Le mot anglais *«structural»* s'entend d'un élément capable de supporter des charges—Les connecteurs ont cette capacité uniquement en tant que partie intégrante des fermes—Appel rejeté—Loi sur la taxe d'accise, S.R.C. 1970, chap. E-13, art. 26(4)d) (mod. par S.C. 1974-75-76, art. 12(2)).

JAGER INDUSTRIES INC. C. CANADA (A-57-91, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 2-12-91, 12 p.)

DROIT MARITIME

CONTRATS

Action en annulation d'un contrat de service de bateaux-pilotes conclu le 6 avril 1988 entre les défenderesses—La demanderesse prétend essentiellement que la Loi sur le pilotage ne confère nullement à la défenderesse, Administration de pilotage des Laurentides (APL), le pouvoir d'octroyer des contrats pour le transport de pilotes et apprentis-pilotes qui ne sont pas ses employés ou salariés—Jusqu'au 17 mars 1988, la demanderesse exploitait dans le port de Québec un service de bateaux-pilotes et des services connexes—L'APL a conclu des contrats de service avec la demanderesse, le dernier étant daté du 18 mars 1985 et reconduit jusqu'au printemps 1988—Après avoir demandé des soumissions pour le service de bateaux-pilotes dans le port de Québec, l'APL a décidé, en mars 1988, d'accorder le contrat au plus bas soumissionnaire, la défenderesse Croisières Navimar Inc.—La demanderesse a dès lors cessé toutes ses activités—Le pouvoir de contracter prévu à l'art. 19(1) de la Loi sur le pilotage est clairement assujéti à la condition que les biens ou services faisant l'objet du contrat soient réservés à l'usage de l'Administration—Cette interprétation est tout à fait compatible avec le maintien du statut du libre-entrepreneur du pilote favorisé par l'art. 15(2) de la Loi—L'Administration ne peut ni acheter ni louer un service de bateaux-pilotes pour l'usage d'une corporation de pilotes libres-entrepreneurs—Ni la Loi sur le pilotage ni les règlements adoptés sous son empire n'autorisaient l'APL à octroyer à Croisières Navimar Inc. un contrat de service de bateaux-pilotes—Action accueillie et déclarant nul ledit contrat mais rejetée quant à la communication, la reddition de comptes et les dommages réclamés par la demanderesse—Loi sur le pilotage, L.R.C. (1985), chap. P-14, art. 18, 19(1).

SAM VÉZINA INC. C. ADMINISTRATION DE PILOTAGE DES LAURENTIDES (T-663-88, juge Pinard, jugement en date du 1-11-91, 14 p.)

Action en dommages-intérêts découlant de la violation d'une entente verbale aux termes de laquelle (1) le demandeur devait faire partie de l'équipage du bateau de pêche au cours de la saison de pêche au hareng de 1987 et (2) le capitaine défendeur mènerait comme il se doit et avec sérieux la pêche au saumon en 1987—Au cours des saisons de pêche au flétan et au saumon de 1986, le demandeur avait travaillé à bord du navire défendeur—Il était novice dans le domaine de la pêche au flétan, mais il était un pêcheur habile en ce qui concerne la pêche au saumon—Dans le domaine de la pêche, les ententes sont habituellement officieuses, verbales—L'équipage et le capitaine ont eu, au sujet de la saison à venir (1987), des discussions fréquentes pendant lesquelles ce dernier a promis d'embaucher le demandeur pour la pêche au hareng—Le demandeur a travaillé pour le défendeur pendant la saison de pêche au saumon de 1987 et pendant la saison de pêche au hareng de 1988, mais il a quitté le navire lorsque le capitaine n'est pas revenu de Vancouver pour ramener le navire à son port d'attache et que le capitaine suppléant a abandonné le navire—Le défendeur nie l'existence de l'entente et affirme que le demandeur a violé le contrat l'obligeant à fournir ses services pendant toute la saison—Les règles ordinaires du droit des contrats s'appliquent—Il faut une entente claire sur toutes les stipulations essentielles—La question de savoir si une

DROIT MARITIME—Suite

entente verbale obligatoire a été conclue dépend des circonstances de chaque cas—L'entente verbale aux termes de laquelle le demandeur devait être embauché pour la saison de pêche au hareng de 1987 a été violée lorsque le capitaine a embauché un membre d'équipage plus expérimenté—Dommages-intérêts fixés à 6 000 \$—Absence d'entente verbale visant à ce que la pêche soit menée avec sérieux—Le demandeur a décidé de poursuivre la pêche au saumon bien qu'il sût que le capitaine n'aimait pas la pêche au saumon, qu'il avait déjà gagné beaucoup d'argent pendant les pêches au hareng et au flétan, et qu'il faisait face à des problèmes personnels—La pêche au saumon a donné lieu à une perte financière pour le demandeur, mais celui-ci aurait dû prévoir la chose—Les pêcheurs commerciaux doivent travailler pendant toute la saison de pêche, et notamment préparer le navire, pêcher et nettoyer le poisson, nettoyer le navire et peut-être le peindre ou le décaper—Le fait de ne pas respecter cet engagement constituait une violation de contrat, à défaut de circonstances atténuantes comme en l'espèce—Le capitaine avait l'obligation de revenir à bord du navire ou de retenir les services d'un autre capitaine lorsque le remplaçant est parti—L'omission de le faire constituait une violation autorisant le demandeur à rentrer chez lui.

LUNDBERG C. MANITOU III (LE) (T-2180-88, juge Cullen, jugement en date du 19-12-91, 32 p.)

PRATIQUE

Appel et appel incident de la décision ((1990), 38 F.T.R. 299) par laquelle la Section de première instance a fait droit à l'action intentée par les intimés et a ordonné que le produit de la vente du *Vancouver Fireboat No. 2* soit réparti entre les parties—Le juge de première instance a eu raison de décider qu'en octobre 1989, la société appelante avait convenu de vendre le navire aux intimés pour la somme de 180 000 \$—Appel rejeté—Appel incident contestant l'attribution à la société appelante des frais de 5 500 \$ liés à la vente et des dépens de l'action—La société appelante a le droit d'être remboursée des frais de vente engagés au seul profit des intimés—La contestation par les intimés de la partie du jugement refusant d'accorder les dépens de l'action est fondée—Les dépens ne peuvent pas, sans raison, être adjugés contre la partie qui a gain de cause—Appel incident accueilli en partie.

MARK FISHING CO. C. VANCOUVER FIREBOAT NO. 2 (LE) (A-1036-90, jugement en date du 13-11-91, 4 p.)

RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE

Action en dommages-intérêts par suite de la perte d'une barge et de la cargaison, du fret versé ainsi que des frais de remorquage et d'expert assumés—La défenderesse s'est engagée par contrat à remorquer une barge de la Nouvelle-Écosse jusqu'en Floride—Avant le départ, le capitaine du remorqueur et le mécanicien à terre chargé de la planification de la défenderesse ont découvert 300 tonnes d'eau dans le compartiment avant à bâbord—Les demanderesses ont autorisé la défenderesse à retenir les services d'une société pour effectuer les réparations—Après avoir été remorquée pendant trois jours, la barge a chaviré et a coulé—Les demanderesses soutiennent

DROIT MARITIME—Suite

que la perte est attribuable à l'omission par la défenderesse de bien réparer la barge, de manière à la rendre sûre—La défenderesse a nié avoir consenti à assumer la responsabilité de s'assurer de la navigabilité de la barge—Elle s'est appuyée sur la clause implicite du contrat de remorquage selon laquelle la demanderesse garantissait que la barge était en état de navigabilité—Elle a soutenu que le navire n'était pas en état de navigabilité, qu'il était surchargé; les demanderesses ont violé le contrat de remorquage en omettant de produire un certificat de navigabilité; même s'il y avait eu renonciation à l'exigence relative au certificat, les propriétaires de la barge avaient l'obligation fondamentale de fournir un navire en état de navigabilité—Le chavirage était attribuable à l'instabilité créée par l'eau qui ballottait dans la cale—L'eau s'est graduellement infiltrée dans la cale n° 1 de bâbord probablement à cause d'une fuite à la vanne de la prise d'eau à la mer et peut-être à cause de la rupture du tuyau en provenance de la prise d'eau—La défenderesse s'était engagée, par suite d'un accord verbal ou pour maintenir de bons rapports avec le client, à faire faire les réparations—Aucun représentant des demanderesses n'était présent—Les demanderesses étaient en droit de se fier au personnel expérimenté de la défenderesse, qui était convaincu que les travaux effectués seraient suffisants pour permettre le remorquage en toute sécurité—La défenderesse était convaincue que le certificat de voyage délivré par les autorités du Honduras était suffisamment conforme au contrat de remorquage et elle n'a pas exigé un autre certificat une fois les réparations effectuées—Même si les demanderesses avaient eu l'obligation de fournir un autre certificat, le chavirage ne s'est pas produit par suite de l'absence de ce certificat, de sorte que ce serait une conjecture que de supposer que si une inspection complète avait été effectuée, le certificat n'aurait pas été délivré—La barge était en état de navigabilité lorsque le remorquage a commencé—Étant donné que les réparations ne faisaient pas partie du contrat de remorquage, la clause de non-responsabilité figurant dans le contrat ne s'applique pas au contrat de réparation—Si la défenderesse a agi à titre de mandataire des demanderesses aux fins des réparations, elle n'a pas fait preuve d'une diligence suffisante en veillant à ce que les réparations soient effectuées et en ne déterminant pas d'où l'eau provenait de façon que la chose ne se reproduise pas—La valeur de la barge est fixée à 446 550 \$ plus les frais assumés pour amener celle-ci en Nouvelle-Écosse en vue du remorquage—La valeur de la cargaison est de 427 416,03 \$—Jugement rendu en faveur des demanderesses jusqu'à concurrence de la somme de 673 118,35 \$ et en faveur de SDY jusqu'à concurrence de la somme de 427 416,03 \$ en sus des intérêts simples à 12,65 %, du 14 septembre 1981 au 3 septembre 1991.

ENGINE AND LEASING CO. C. ATLANTIC TOWING LTD. (T-6197-81, juge suppléant Walsh, jugement en date du 8-1-92, 99 p.)

Collision entre deux bateaux survenue sur le Lac des Deux Montagnes—Le lac était calme et la visibilité et les conditions de navigation étaient excellentes au moment de l'accident—Version contradictoire des faits—Importance particulière de la déposition du témoin Leblanc puisqu'il est le seul à avoir vu la chaloupe du demandeur avant l'accident—Ni l'un ni l'autre des deux bateaux impliqués dans l'accident n'a dû changer de direction après que Leblanc les ait vus—Les deux bateaux

DROIT MARITIME—Fin

devaient aller à la même vitesse—On ne saurait parler de rattrapage au sens de l'art. 59 du Règlement sur les petits bâtiments—Le demandeur et le défendeur sont tous deux fautifs, n'ayant pas vu ce qui était visible—Ils doivent assumer une part égale de responsabilité en raison de leur manque d'attention et de vigilance—Le demandeur a été gravement blessé à la suite de l'accident et a subi des blessures très douloureuses, compte tenu de son âge avancé—Sa pratique médicale est virtuellement terminée—Il a droit à la moitié des dommages tels qu'établis par la Cour—Règlement sur les petits bâtiments, C.R.C., chap. 1487, art. 59.

BOILEAU C. CHARLEBOIS (T-2498-87, juge Pinard, jugement en date du 24-7-91, 14 p.)

FONCTION PUBLIQUE**RELATIONS DU TRAVAIL**

Demande d'examen et d'annulation d'une décision d'un membre de la Commission des relations de travail dans la fonction publique en vertu de l'art. 28 de la Loi sur la Cour fédérale—L'intimé est un employé de Transports Canada au niveau GS-MES-02—De janvier 1987 à octobre 1989, il a été promu au niveau GS-STS-05 mais à titre intérimaire—À la suite d'une directive administrative, il a choisi d'être rémunéré en espèces pour les congés non utilisés au cours de l'année précédente—L'argent lui a été versé au taux correspondant non pas à son poste intérimaire (GS-STS-05) mais à son poste d'attache (GS-MES-02)—Il a déposé un grief auprès de la Commission des relations de travail qui lui a donné raison—Demande accueillie (le juge Décary, J.C.A., dissident)—Le juge Marceau, J.C.A.: l'art. M-27.07 de la convention cadre n'a rien à voir avec le report de congés, encore moins avec la possibilité de monnayer des crédits de congé au-delà de 15 jours—L'interprétation donnée au mot «rémunération» tel qu'utilisé à l'art. M-27.07 apparaît excessive—C'est abuser du sens de ce terme que d'y englober la possibilité de monnayer des congés non utilisés, possibilité qui n'a rien d'un droit—Seul l'art. 14.12 b) de la convention particulière régit le calcul de la compensation à laquelle avait droit l'intimé pour ses crédits de vacance et ce, sur la base du salaire rattaché à son poste d'attache—Le juge Décary, J.C.A. (dissident): la demande devrait être rejetée—Lorsque l'employeur accepte de monnayer un congé, ce «monnayage» tient lieu de congé payé et par conséquent de rémunération—L'employé à titre intérimaire est assimilé à l'employé à titre permanent—L'intimé, au 31 mars de l'année précédente, était rémunéré au taux établi pour un poste de niveau GS-STS-05—C'est ce taux qui aurait dû être appliqué lorsque, en guise de congés payés, il a rétribué l'intimé en espèces.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. DUPUIS (A-497-90, juge Marceau, J.C.A. et juge Décary, J.C.A., dissident, jugement en date du 10-12-91, 12 p.)

Demande d'examen judiciaire de la décision par laquelle la CRTFP a rejeté le renvoi présenté par le requérant—La convention cadre prévoit que si une nouvelle norme de classification est établie à l'égard d'un groupe, l'employeur doit

FONCTION PUBLIQUE—Fin

négoier le taux de rémunération—À la suite d'une étude de cinq ans, l'employeur a révisé la norme de classification du groupe PM—La Commission a conclu qu'il ne s'agissait pas d'une nouvelle norme de classification—Demande rejetée—La Commission a statué sur la question soumise—Preuve selon laquelle les conséquences découlant de la révision sont négligeables.

ALLIANCE DE LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA C. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR) (A-189-91, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 17-12-91, 2 p.)

IMMIGRATION

Shandi et sa femme sont arrivés au Canada en provenance de la Norvège et ont demandé le statut de réfugié—Shandi s'est présenté comme étant un colonel de l'Organisation de libération de la Palestine (OLP)—Shandi et sa femme utilisaient un passeport italien sous un nom d'emprunt—Ils ont été détenus conformément à l'art. 103.1 de la Loi sur l'immigration—Au moment de l'examen, le ministre a présenté une demande fondée sur l'art. 103.1(7), selon laquelle la preuve ne devait pas être divulguée pour le motif qu'à son avis, cela porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité de personnes, laquelle a été accordée—La prolongation de la garde a été ordonnée—Le requérant a demandé l'annulation de cette ordonnance en conformité avec l'art. 103.1(8)—Le ministre et le solliciteur général ont alors déposé une attestation en vertu de l'art. 40.1, laquelle était fondée sur des renseignements secrets en matière de sécurité ou de criminalité qui disaient que le requérant appartenait à une catégorie non admissible en vertu de l'art. 19(1)e, et une mesure de détention a été prise en conformité avec l'art. 40.1(2)—L'art. 40.1 prévoit une forme de contrôle judiciaire dans le cas où un demandeur de statut de réfugié n'est pas résident permanent du Canada et ne peut, pour des raisons de sécurité ou autres raisons précises, être admis au Canada—Les ministres remettent à la Cour fédérale une attestation de leurs conclusions selon laquelle une personne n'est pas admissible, en vue d'un examen permettant de déterminer si l'attestation est raisonnable compte tenu des éléments de preuve et des renseignements à la disposition du juge—L'enquête sur le statut de réfugié ne peut pas avoir lieu tant que la Cour n'a pas rendu sa décision—La Cour a examiné les renseignements secrets en matière de sécurité, a entendu la preuve de l'agent du SCRS et les arguments présentés pour le compte du ministre et du solliciteur général—Le défendeur a présenté le témoignage d'un expert sur l'OLP et le Moyen-Orient, ainsi que sa plaidoirie—L'OLP est voué à la libération de la Palestine—Elle comprend plusieurs groupes, dont certains sont plus militants que d'autres—La transcription et les plaidoiries révèlent que Shandi est plus qu'un colonel de l'OLP et confirment le caractère raisonnable de l'attestation—Le fait que Shandi a été le garde du corps du chef de l'OLP, Yasir Arafat, montre l'existence d'un réseau de renseignements qui permet au garde d'évaluer les risques et d'en déterminer la source—La preuve établit que le requérant a éprouvé des difficultés avec la police et avec les autorités de l'immigration et qu'il s'est toujours appliqué à voyager avec de faux documents, malgré ses déclarations à l'effet contraire

IMMIGRATION—Suite

—Les faux passeports montrent une intention de se livrer à des activités subversives dans le pays d'accueil—Il est inconcevable qu'un homme aussi attaché à la cause palestinienne que Shandi cesse soudainement de participer à des activités subversives si on l'autorise à résider au Canada—Le témoignage même de Shandi montre une grande connaissance de la composition du personnel et des champs d'activité, soit le terrorisme et la vente de drogues—La Cour est convaincue que Shandi ne se limitait pas à protéger les Palestiniens dans les camps, mais qu'il a travaillé sur une échelle plus grande—L'espionnage et la subversion ne se limitent pas à l'acte lui-même, mais laissent entendre que celui qui aide quelqu'un à le commettre ou lui facilite la tâche commet aussi l'acte en cause—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 19(1)e), 40.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 29, art. 4), 103.1 (édicte, idem, art. 12).

SHANDI (RE) (IMM-3-91, juge Cullen, ordonnance en date du 9-1-92, 14 p.)

Appel de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté l'appel interjeté contre une mesure d'expulsion—L'appelant, qui est au Canada en vertu d'un visa d'étudiant, a épousé une citoyenne canadienne et a demandé la résidence permanente—Comme noms de tous ses enfants, il a donné le nom de l'enfant né du mariage seulement—Il n'a pas mentionné trois enfants nés hors du mariage en Ouganda—Question de savoir si l'acte d'une fausse déclaration importante—Question de savoir si la Commission a commis une erreur en refusant d'exercer sa compétence d'équité pour le motif que le requérant n'avait pas l'appui de sa famille et de la collectivité—La Commission a remarqué l'absence de la femme, des beaux-parents et des amis du requérant à l'audience—Elle n'a pas examiné une demande d'ajournement visant à permettre à ceux-ci de se présenter à l'audience—Elle a rejeté l'allégation selon laquelle la femme du requérant était en convalescence après avoir subi une ablation des amygdales—Elle n'a pas tenu compte d'une lettre d'appui de la belle-mère—Le mot «enfants» figurant dans la demande doit être interprété selon son sens ordinaire et comprend les enfants nés hors du mariage—Une fausse déclaration est importante si elle exclut ou écarte d'autres enquêtes: *Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration c. Brooks*, [1974] R.C.S. 850—La déduction selon laquelle l'appelant n'avait pas l'appui de sa famille ou de la collectivité constitue une erreur évidente—Appel accueilli.

OKWE C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-383-89, juge Heald, J.C.A., jugement en date du 9-12-91, 7 p.)

Appel de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a accueilli l'appel interjeté contre le rejet de la demande de résidence permanente présentée par une famille—Demande rejetée pour le motif que le requérant principal (le père) appartenait à une catégorie inadmissible visée par l'art. 19(1)c) de la Loi sur l'immigration—Selon l'art. 19(1)c), une personne déclarée coupable d'une infraction punissable d'un emprisonnement de dix ans n'est pas admissible, sauf lorsqu'elle a justifié de sa réadaptation auprès du gouverneur en conseil et lorsque au moins cinq ans se sont écoulés depuis l'expiration de la peine—L'agent des visas a déclaré

IMMIGRATION—Suite

qu'aucun élément de preuve ne permettait de conclure à la réadaptation—La Commission a conclu que le critère de non-admissibilité énoncé à l'art. 19(1)c) n'avait pas été appliqué correctement puisque seul le gouverneur en conseil peut statuer sur la question de la réadaptation en l'absence d'un pouvoir de délégation—Le ministre conteste la décision de la Commission pour le motif qu'aucun élément de preuve montrant que le requérant principal avait justifié de sa réadaptation auprès du gouverneur en conseil n'avait été porté à la connaissance de l'agent des visas—Compte tenu des faits, les critères de non-admissibilité prévus par l'art. 19(1)c) ont été remplis: les déclarations de culpabilité ont été reconnues, le délai de cinq ans était expiré, mais rien dans le dossier n'établit que le requérant principal a justifié de sa réadaptation auprès du gouverneur en conseil—L'application de l'art. 19(1)c) n'exige pas que le gouverneur en conseil ait examiné la question de la réadaptation et qu'il ne soit pas convaincu que le requérant était visé par l'exception—L'art. 19(1)c) exige uniquement que l'agent des visas soit convaincu que le gouverneur en conseil n'a pris aucune décision: *Mohammad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 55 D.L.R. (4th) 321 (C.A.F.)—En vertu de l'art. 8(1), il incombe à quiconque cherche à entrer au Canada de prouver que le fait d'y être admis ne contrevient pas à la Loi ou aux règlements—Une personne sollicitant le droit d'établissement n'est pas admissible en vertu de l'art. 19(1)c) à moins de s'être acquittée de l'obligation qu'elle a de fournir à l'agent des visas une preuve selon laquelle elle a justifié de sa réadaptation auprès du gouverneur en conseil—Puisque le requérant principal ne s'est pas acquitté de cette obligation, il n'a pas établi qu'il ne faisait pas partie de la catégorie non admissible visée par l'art. 19(1)c)—Le requérant principal appartient toujours à la catégorie non admissible—Appel accueilli—La Commission a conclu qu'aucune circonstance ne justifiait l'octroi d'une mesure spéciale puisqu'elle avait conclu que le rejet de la demande n'était pas fondé—Étant donné la conclusion selon laquelle le rejet était fondé, la question est renvoyée à la Commission pour un réexamen et une nouvelle décision visant à déterminer si des raisons d'ordre humanitaire justifient l'octroi d'une mesure spéciale—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 19(1)c), 77(3)a) (mod. par L.R.C. (1985), 2^e suppl.), chap. 10, art. 6).

CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) C. GILL (A-219-90, juge Heald, J.C.A., jugement en date du 31-12-91, 7 p.)

PRATIQUE

Requête fondée sur l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale visant l'obtention d'un bref de prohibition enjoignant à l'intimé de ne pas entreprendre ou reprendre une enquête sous le régime de la Loi sur l'immigration, et d'un bref de *mandamus* permettant au requérant d'invoquer les dispositions du Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié—Le requérant est arrivé au Canada en provenance du Ghana à la fin de 1986—Sa revendication du statut de réfugié a été rejetée par l'intimé en octobre 1987—La Commission d'appel de l'immigration a rejeté son appel le 30 novembre 1989—La nouvelle Loi sur l'immigration, qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1989, modifie considérablement le processus de revendication du statut de réfugié—Elle a prévu des

IMMIGRATION—Suite

mesures transitoires permettant à l'ancienne Commission d'exercer ses pouvoirs jusqu'au 31 décembre 1989—Le requérant ne fait pas partie de la catégorie admissible prévue à l'art. 3 du Règlement—Les appels engagés devant l'ancienne Commission avant la date de référence, c'est-à-dire le 1^{er} janvier 1989, et encore en instance à cette date sont tranchés par celle-ci conformément à l'ancienne Loi et aux règles établies sous son régime—La compétence de l'arbitre pour reprendre son enquête n'est pas touchée par les dispositions de la nouvelle Loi—L'ancienne Commission avait encore compétence pour rendre sa décision—La doctrine de l'expectative légitime soulevée par le requérant ne repose sur aucun fondement—Requête rejetée—Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié, DORS/90-40, art. 3(1),(2).

OWUSU C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-2910-90, juge Joyal, ordonnance en date du 31-12-91, 11 p.)

Demande en vue de l'obtention d'un *certiorari* annulant la décision par laquelle l'agent d'immigration a conclu à l'insuffisance des motifs d'ordre humanitaire justifiant l'octroi de la demande de résidence permanente depuis le Canada et en vue de l'obtention d'un *mandamus* ordonnant la tenue d'une nouvelle entrevue—Le requérant, né en Italie, est demeuré en Argentine de 1954 à 1987—Il n'est pas admissible à titre de réfugié au sens de la Convention étant donné qu'il ne serait pas soumis à la persécution en Italie—Il a eu une entrevue conformément aux lignes directrices antérieures et postérieures à l'arrêt *Yhap*—L'agent d'immigration a respecté l'obligation d'agir équitablement—Pouvoir discrétionnaire exercé de bonne foi—*Yhap c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 1 C.F. 722 (1^{re} inst.).

CONDO C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-2066-91, juge Rouleau, ordonnance en date du 29-11-91, 3 p.)

Demande d'injonction interlocutoire provisoire—L'avocate du requérant n'a été informée que deux jours avant l'audience de renvoi de la décision par laquelle la Cour d'appel empêchait la présentation d'arguments fondés sur la Constitution et sur la Charte—L'injonction interlocutoire devrait uniquement être accordée dans les cas d'extrême urgence, c.-à-d. lorsqu'une chose à laquelle il serait impossible de remédier par la suite peut être faite—Demande rejetée—Il n'a pas été établi qu'il y a une question sérieuse à trancher (l'argument invoqué par le requérant, à savoir qu'il souffrait de stress et d'angoisse en raison du retard excessif à trancher sa revendication du statut de réfugié n'établit pas l'existence d'une cause soutenable) ou qu'il existe un préjudice irréparable.

NADAN C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-2932-91, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 27-11-91, 3 p.)

Demande fondée sur l'art. 28—Les dispositions des art. 45 et 46 de la Loi sur l'immigration, qui ont été abrogées le 1^{er} janvier 1989, s'appliquaient encore à la requérante—La revendication du statut de réfugié de la requérante avait été rejetée

IMMIGRATION—Suite

avant cette date et aucune des dispositions nouvelles ne pouvait s'appliquer—Demande rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 45, 46.

MARC C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION), (A-199-91, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 16-10-91, 2 p.)

Une question de droit, de juridiction ou de procédure ne peut faire l'objet d'un renvoi en vertu de l'art. 28(4) de la Loi sur la Cour fédérale que si certaines conditions sont remplies—La question en l'espèce ne remplit pas ces conditions—Demande de directives rejetée—Renvoi déposé par l'arbitre radié—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28(4).

LOI SUR L'IMMIGRATION (RE), (A-656-91, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 18-11-91, 2 p.)

Appel de la décision par laquelle la Section de première instance a accordé l'autorisation de demander un examen judiciaire du refus par l'agent d'immigration d'admettre l'intimé Conception—À la suite du refus, le ministre appelant devait tenir une enquête en vue de déterminer si la demande avait un minimum de fondement et prendre une mesure d'expulsion le cas échéant—À la suite de la présentation de la demande d'autorisation, la Section de première instance a ordonné au ministre de ne pas poursuivre l'affaire tant qu'elle n'aurait pas tranché la question—Dans le cas d'une demande fondée sur l'art. 82.1(1) de la Loi sur l'immigration, la Section de première instance n'a compétence que pour accorder ou refuser l'autorisation, et non pour accorder un redressement interlocutoire—Le redressement interlocutoire doit être demandé au moyen d'une demande d'examen, une fois l'autorisation accordée—Toutefois, en vertu de l'art. 82.2(1) de la Loi, la Cour d'appel n'a pas compétence pour connaître de l'appel d'une ordonnance rendue à la suite d'une demande d'autorisation—Appel annulé—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 82.1(1) (édité par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 19), 82.2(1) (édité, idem).

CONCEPTION C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-1042-91, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 12-12-91, 3 p.)

STATUT DE RÉFUGIÉ

Appel de la décision par laquelle la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié avait rejeté la revendication du statut de réfugié—La requérante, une femme tamoule, a témoigné que des soldats indiens s'étaient fréquemment présentés chez elle et avaient effectué des perquisitions, qu'elle avait été incarcérée dans un camp militaire indien, qu'elle avait été violée, qu'après sa libération, on lui avait ordonné de se présenter régulièrement au camp, qu'un inconnu l'avait averti que les rebelles pensaient qu'elle était une indicatrice—La section du statut de réfugié a conclu à l'absence de crainte objective de persécution compte tenu des «incohérences et exagérations» figurant dans le témoignage de la requérante, en ce qui concerne la date d'arrestation, la fréquence des perquisitions et la distance à laquelle se trouvait le camp indien—La Commission a cru le témoignage en ce qui concerne l'incarcération et l'agression sexuelle—Les incohé-

IMMIGRATION—Suite

rences n'étaient pas cruciales—La Commission n'a pas tenu compte du témoignage de la requérante en ce qui concerne sa crainte d'être persécutée pour avoir désobéi aux ordres de se présenter au camp, parce qu'on la soupçonnait d'être une indicatrice—Preuve documentaire indiquant que les Tamouls du Sri Lanka sont victimes de haine raciale et que les autorités violent les droits de la personne—La seule conclusion possible est que l'appelante a raison de craindre d'être persécutée—Appel accueilli, appelante déclarée être une réfugiée au sens de la Convention—*Yaliniz c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1988), 7 Imm. L.R. (2d) 163 (C.A.F.), appliquée.

MAHATHMASSEELAN C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-555-90, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 4-11-91, 13 p.)

Appel d'une décision de la section du statut ayant conclu à l'absence de fondement de la revendication de l'appelant—Cette décision n'était pas entachée d'erreurs telles que cette Cour se devait d'intervenir—Les membres du tribunal n'ont pu se convaincre de la crédibilité de l'ensemble du récit du revendicateur—Leur conclusion est tirée strictement de l'appréciation des témoignages et de la preuve faite devant eux—Une telle conclusion ne pourrait être déclarée inacceptable que si elle paraissait avoir été dégagée de façon arbitraire—Appel rejeté.

MANSOUR C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-654-90, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 5-12-91, 2 p.)

Appel d'une décision de la section du statut qui a rejeté la revendication du statut de réfugié de l'appelante—Appel rejeté (le juge Desjardins, J.C.A., dissidente)—Le juge Marceau, J.C.A.: le tribunal a jugé qu'il n'était pas possible de penser que l'appelante serait encore en difficulté uniquement à cause des propos qu'elle avait tenus en 1977—Pour mettre cette conclusion de côté, il faudrait pouvoir affirmer qu'elle a été tirée de façon absurde et arbitraire, ce qui n'est pas le cas—Le juge Desjardins, J.C.A. (dissidente): l'appel devrait être accueilli—En qualifiant de «simples conversations» les critiques formulées par la revendicatrice en 1977, la section du statut a substitué sa propre évaluation de la gravité des activités de la revendicatrice à celle perçue par un agent du pouvoir en Haïti en 1977—Elle a ignoré la preuve documentaire indiquant les abus d'autorité de toutes sortes commis par les militaires macoutes toujours actifs dans le pays, malgré la fin du régime Duvalier—Vu l'absence de changements réels dans le pays, la section du statut ne pouvait conclure que la crainte exprimée par la revendicatrice pour des activités qui ont eu lieu en 1977 n'était pas objectivement fondée.

JOCELYN C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-821-90, juge Marceau, J.C.A., juge Desjardins, J.C.A., dissidente, jugement en date du 5-12-91, 5 p.)

En examinant la crédibilité d'une réclamation de statut, un tribunal d'accueil doit considérer une preuve de «changement de circonstances» dans le pays d'origine du réclamant et il peut, ce faisant, en venir à la conclusion que la réclamation n'a

IMMIGRATION—Fin

pas le minimum de fondement requis parce que la crainte subjective du réclamant n'est plus objectivement fondée et, partant, raisonnable—C'est ce que l'arbitre et le membre du statut ont fait ici—Ils ont tenu compte de la décision rendue dix mois auparavant relativement au mari de la réclamante—Demande rejetée.

KOCAB C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-83-91, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 15-10-91, 2 p.)

La décision peut être critiquée pour ce qui est du critère préliminaire à appliquer dans le cas d'une audience visant le minimum de fondement, mais elle peut être justifiée compte tenu de la preuve irrésistible relative à la situation nouvelle à Fiji au moment de l'audience—Demande fondée sur l'art. 28 rejetée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.

NAIKER C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-409-91, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 9-12-91, 1 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU**CALCUL DU REVENU***Déductions*

Appel contre une cotisation—La demanderesse exploite une mine et transforme le minerai en oxyde de fer et en bioxyde de titane—7,14 % des recettes de la demanderesse proviennent par ailleurs du traitement de l'oxyde de fer pour obtenir de la poudre de fer—Question de savoir si le revenu de la demanderesse est entièrement tiré de la «fabrication ou transformation» au sens de l'art. 125.1(3)b)(x) de la Loi—Question de savoir si l'expression «fabriqués ou transformés» doit être interprétée selon son sens ordinaire ou si elle correspond à la définition de l'expression «fabrication ou transformation» figurant dans le même alinéa—Le libellé de la disposition est interprété dans son contexte global—La définition légale exprime de l'expression prévaut sur le sens ordinaire—Appel rejeté—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 125.1(3)b)(x) (édicé par S.C. 1973-74, chap. 29, art. 1).

QIT-FER ET TITANE INC. C. CANADA (T-2196-86, juge Rouleau, jugement en date du 9-12-91, 9 p.)

Appel du jugement [[1989] 2 C.F. F-6] par laquelle la Section de première instance a conclu que des collections de textiles anciens étaient des «dons» en faveur du Musée royal de l'Ontario (MRO) pouvant faire l'objet de déductions conformément à l'art. 110(1)b.1) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Le contribuable a versé 67 500 \$ pour obtenir la collection Abemayor et 12 000 \$ pour la collection Wilkinson—Le propriétaire de la collection Abemayor a signé un document transmettant les biens au MRO—Le juge de première instance a conclu qu'étant donné que le contribuable était propriétaire des collections et qu'il était légalement en mesure de les donner,

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

l'existence d'un document visant à transférer le titre de propriété de l'ancienne propriétaire n'entre pas en ligne de compte—Le juge a accepté la moyenne des montants auxquels avait été évaluée chaque collection comme étant la juste valeur marchande, la collection Abemayor ayant été évaluée à 496 175 \$ et la collection Wilkinson à 229 437 \$—En droit fiscal, la forme a de l'importance—La preuve d'une intention subjective ne peut servir à «rectifier» des documents qui s'orientent clairement vers une direction précise—Le juge de première instance a commis une erreur en ne se rendant pas compte de l'importance du «document visant à transférer le titre de propriété» qui transférerait légalement le titre de propriété de la collection Abemayor au MRO, et non au contribuable—L'argument selon lequel le document de vente signé par le contribuable avait simplement pour but de fournir une renonciation n'est pas appuyé par la teneur de celui-ci—Les autres documents, à savoir l'offre de vente écrite, les documents des douanes, les lettres du président du MRO et de Mme Abemayor, préparés au moment de la vente ou avant celle-ci appuient cette caractérisation—Étant donné qu'il n'existait aucun document visant à transférer la collection Wilkinson au MRO, le juge de première instance a conclu à tort que ces opérations étaient similaires; cependant, il n'a pas commis d'erreur en ce qui concerne la caractérisation de la collection Wilkinson—Les documents de prêt et les formulaires de don préparés ultérieurement par le MRO sont sans effet—Le contribuable a donné de l'argent au MRO qui l'a utilisé pour faire l'acquisition de la collection Abemayor, mais il a donné la collection Wilkinson au MRO—L'appelante soutient que le juge de première instance a commis une erreur en acceptant les évaluations étant donné qu'il n'avait pas été tenu compte du prix d'achat réel des textiles—Rien ne permet de modifier la conclusion de fait tirée par le juge de première instance à ce sujet—Le juge de première instance a également admis à titre de déductions les pertes d'entreprise résultant d'opérations à terme sur l'or—Aux fins du calcul de l'impôt sur le revenu des particuliers, le contribuable a employé la méthode comptable appelée «méthode de la valeur nominale»—Un gain réalisé à la suite d'une opération est considéré comme un revenu lorsque le contrat est liquidé et vendu, tandis qu'une perte non réalisée est immédiatement comptabilisée et déduite du revenu—Au cours de chacune des années d'imposition en question, le contribuable a liquidé les positions déficitaires de ses opérations jumelées, mais il a attendu que prenne fin l'année d'imposition pour liquider les positions rentables—L'appelante soutient que la méthode comptable utilisée pour comptabiliser les pertes n'était pas la meilleure—Selon la «méthode de l'évaluation au cours du marché», il aurait fallu inclure immédiatement tant les pertes que les gains—Cette méthode est obligatoire aux États-Unis, mais il n'y a aucune disposition semblable au Canada—La loi canadienne autorise les contribuables à calculer leur revenu suivant des principes comptables généralement reconnus—La question fondamentale est celle de savoir si cette méthode est adéquate pour l'entreprise et si elle indique fidèlement la situation financière du contribuable—La Cour peut souscrire à l'opinion des experts-comptables, à savoir qu'il s'agit d'une méthode reconnue pouvant être utilisée pour l'entreprise du contribuable—Étant donné que la preuve permettait au juge de première instance de conclure que le demandeur pouvait choisir l'une ou

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

l'autre des méthodes comptables, aucune erreur de droit n'a été commise—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 110(1)b.1) (mod. par S.C. 1974-75-76, chap. 50, art. 50), 245.

FRIEDBERG C. CANADA (A-65-89, juge Linden, J.C.A., jugement en date du 5-12-91, 16 p.)

Gains en capital

Appel du jugement ([1990] 2 C.T.C. 324 (C.F. 1^{re} inst.)) par lequel la Section de première instance a confirmé le refus du ministre de considérer que des dommages-intérêts s'élevant à 1 320 000 \$ adjugés par la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta font partie du «coût pour le contribuable» de certaines actions de Canadian Hidrogas Resources Ltd.—Interprétation à donner à l'expression «coûts . . . pour le contribuable» figurant à l'art. 54a(ii) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Le juge de première instance a appliqué le principe énoncé par le juge Pratte, J.C.A., dans *La Reine c. Stirling, G.* (1985), 85 DTC 5199 (C.A.F.)—Le coût d'un bien aux fins du calcul du gain en capital est limité aux coûts d'acquisition de ce bien—La somme de 1 320 000 \$ payée par le défunt à NIR en vertu d'une entente de règlement et les dommages-intérêts ne doivent pas être traités de la même façon aux fins de l'impôt sur le revenu—L'appelante n'a pas pu convaincre le juge de première instance que les dommages-intérêts adjugés le 22 juin 1983 devaient être considérés comme faisant partie du coût, pour M. Bodrug, des actions d'Hidrogas—La question du «coût» des actions est tout à fait distincte de celle de l'obligation subséquemment imposée par jugement à la succession de M. Bodrug—Les dommages-intérêts adjugés ne font pas partie du «coût» de réacquisition des actions d'Hidrogas—Appel rejeté—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 54a(ii).

BODRUG, SUCCESSION C. CANADA (A-785-90, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 18-11-91, 10 p.)

Revenu ou gain en capital

Appel du jugement ([1989] 2 C.F. F-7) par lequel la Section de première instance a conclu que la somme versée visant à dégager le payeur des obligations liées à un contrat de fourniture d'huile usée constitue un revenu—Indemnité pour le revenu perdu—Il est impossible de conclure que le juge de première instance n'a pas tenu compte de la preuve ou n'a pas compris la preuve, ou qu'il a tiré des conclusions manifestement erronées—Appel rejeté.

SCHOFIELD OIL LTD. C. CANADA (A-89-89, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 29-10-91, 2 p.)

PRATIQUE

Le demandeur réclame la somme de 18 270,14 \$ à titre de remboursement d'impôt qu'il allègue n'avoir jamais reçue—Au mois de juin 1980, Revenu Canada a fait parvenir un avis de nouvelle cotisation et un chèque au montant de 18 270,14 \$ qui a été encaissé le 3 juillet 1980 et détruit le 11 juillet 1986—Aucune explication offerte par le demandeur—Faute de procrastination de sa part—Il est difficile de croire

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

qu'un contribuable puisse ne pas se souvenir d'avoir reçu deux chèques de plus de 18 000 \$ au cours de la même période—Il a déjà touché le remboursement en question et il ne peut exiger d'être remboursé une deuxième fois par Revenu Canada—Action rejetée.

KHALIL C. CANADA (T-2078-89, juge Dubé, jugement en date du 2-10-91, 6 p.)

LIBÉRATION CONDITIONNELLE

Appel d'une ordonnance accordant un *certiorari* annulant la décision par laquelle la Commission des libérations conditionnelles avait décidé de révoquer la libération conditionnelle—L'avis de révocation mentionnait la violation de la condition selon laquelle le détenu devait s'abstenir de consommer de l'alcool—À l'audience, la Commission a mis l'accent sur des activités criminelles soupçonnées—Les accusations ont par la suite été retirées—La Commission a confirmé la révocation—Question de savoir si le juge de première instance a commis une erreur en accordant le *certiorari*—La conclusion tirée par le tribunal de première instance était plausible selon le dossier—Appel rejeté.

CARDINAL C. CANADA (COMMISSION NATIONALE DES LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES) (A-815-90, juge Heald, J.C.A., jugement en date du 24-10-91, 1 p.)

MARQUES DE COMMERCE**CONTREFAÇON**

Demande d'injonction interlocutoire—La demanderesse, propriétaire inscrite de la marque de commerce «The Nutman», vend des noix, du chocolat, des pâtisseries, etc.—Elle allègue que les défenderesses rendent visite à ses clients pour leur vendre des marchandises dont l'emballage est presque identique, portant l'étiquette «The Nut Guys», et qu'elles se présentent comme des vendeurs de «Nutman», «Your Nutman» ou «Nut Guys»—Question de savoir s'il y a confusion—L'une des défenderesses avait déjà eu des liens avec la société demanderesse—On semble avoir copié l'emballage et les méthodes de vente de la demanderesse à un point tel que la confusion est inévitable—La demanderesse occupe une place prépondérante sur le marché, alors que les défenderesses sont de nouvelles venues—La perte subie par les défenderesses est plus facilement quantifiable—Injonction accordée.

NUTMAN Co. C. MAGIC AFTERBURNERS INC. (T-1519-91, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 6-11-90, 5 p.)

ENREGISTREMENT

Appel du refus d'enregistrer le dessin-marque «G*» de l'appelante, destiné à être employé en liaison avec des accessoires de mobilier et des pieds de mobilier—Demande fondée sur l'art. 16(2) de la Loi sur les marques de commerce, par suite de

MARQUES DE COMMERCE—Fin

l'emploi et de l'enregistrement des marchandises en Autriche—L'intimée, propriétaire de la marque de commerce enregistrée (ainsi que de la version stylisée de G) destinée à être employée en liaison avec des coulisses métalliques pour tiroir, s'est opposée à l'enregistrement en invoquant la confusion et le manque de caractère distinctif—Le registraire a conclu que, compte tenu de la ressemblance entre les marchandises, les commerces et les marques des parties, l'appelante ne s'était pas acquittée de l'obligation qui lui incombait de prouver que les marques ne créaient pas de confusion—Il a conclu que les deux marques avaient un caractère distinctif inhérent, mais que dans la mesure où elles consistent en une lettre, elles ne sont pas intrinsèquement fortes; la marque de l'intimée est dans une certaine mesure connue au Canada; la durée de l'emploi milite en faveur de l'intimée; les marchandises sont semblables en ce sens qu'elles sont, dans les deux cas, des accessoires de mobilier; il existe un degré élevé de ressemblance visuelle—Il incombe à l'appelante de prouver que le registraire s'est trompé—Appel accueilli—Le registraire a eu raison de conclure que les deux marques étaient faibles, mais il a eu tort de conclure qu'elles avaient un caractère distinctif inhérent—Les marques faibles ne jouissent que d'une protection limitée—Un commerçant ne devrait pas avoir le droit d'obtenir des droits de propriété exclusifs sur une lettre ou sur une combinaison de lettres de l'alphabet qui sont par hasard ses initiales, aux dépens des autres commerçants qui ont les mêmes initiales: *GSW Ltd. c. Great West Steel Industries Ltd. et autres* (1975), 22 C.P.R. (2d) 154 (C.F. 1^{re} inst.)—Il a également apparemment omis de tenir compte que la demande d'enregistrement était fondée sur l'art. 16(2)—Il a également eu tort de conclure à l'existence de confusion—La marque de l'intimée était apposée sur les boîtes contenant la marchandise, mais elle n'est pas inscrite sur les marchandises ou n'est pas utilisée seule—Absence de confusion car le consommateur final ne voit pas la marque sur les marchandises, et s'il la voit sur la boîte ou dans la publicité, celle-ci est toujours jointe au mot «GRANT», suivi du nom «Grant Hardware Company» et d'une adresse—Étant donné que de nombreux enregistrements de marques de commerce comportent la lettre «G», une protection moindre est fournie—Loi sur les marques de commerce, S.R.C. 1970, chap. T-10, art. 2, 4, 6(2), (5), 12(1)d), 16(2), 56.

ALFRED GRASS GESELLSCHAFT M.B.H. C. GRANT INDUSTRIES INC. (T-185-89, juge Cullen, jugement en date du 7-10-91, 18 p.)

PRATIQUE**COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET INTERROGATOIRE PRÉALABLE***Production de documents*

Demande d'ordonnance enjoignant la production des rapports d'expertise concernant des avaries qui auraient été causées à la cargaison—Des marchandises avaient été livrées en Inde mais «certaines étaient manquantes et certaines ont été avariées par l'eau salée»—Par suite des avaries, des rapports d'expertise ont été établis—Les parties doivent produire des

PRATIQUE—Suite

rapports d'expertise à moins qu'elles ne puissent montrer que ceux-ci sont protégés, c.-à-d. qu'ils ont été établis «pour être transmis à un avocat dans le but d'obtenir un conseil» et aux fins d'un procès existant ou envisagé—Il incombe à la partie qui demande une exemption de démontrer que le rapport d'expertise a principalement été établi à l'égard du litige et dans l'attente raisonnable d'un litige—Ce n'est qu'après l'échec de toutes les tentatives de règlement qu'il est raisonnablement possible de s'attendre à un litige—Selon la preuve, les rapports d'expertise n'ont pas été établis en prévision du litige—Les rapports ont été établis dans «le cours ordinaire» des demandes de dommages-intérêts pour avaries causées à la cargaison, peu de temps après le déchargement de la cargaison, de sorte qu'ils ne sont pas protégés—Il est ordonné que tous les rapports d'expertise soient produits.

BHADRACHALAM PAPERBOARDS LTD. C. PHILIPPINE VICTORY (LE) (T-1604-89, T-2936-89, T-258-90, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 26-11-91, 7 p.)

DÉTERMINATION PRÉLIMINAIRE SUR UN POINT DE DROIT

Affaire de marque de commerce dans laquelle Tribro a présenté une requête introductive d'instance en vue de l'obtention d'une ordonnance radiant l'enregistrement de la marque de commerce «Embassy Suites» appartenant à l'intimée—Il s'agit uniquement de savoir si la requête en annulation d'une ordonnance rendue *ex parte* par le juge Pinard, prorogeant le délai de dépôt d'éléments de preuve par Tribro est une requête interlocutoire visée par la Règle 332(1)—Si la requête est accueillie, la requête introductive d'instance présentée par Tribro devra clairement être rejetée—Dans la négative, elle pourrait en fin de compte être accueillie—La requête n'est pas dépourvue de fondement et n'est pas futile ou vexatoire—Jurisprudence et définitions données par les dictionnaires examinées—La requête n'est ni une requête interlocutoire ni une requête introductive d'instance—Il s'agit clairement d'un acte de procédure bien déterminé dont la nature n'est pas formellement définie par la Loi ou par les Règles—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 332(1).

TRIBRO INVESTMENTS LTD. C. EMBASSY SUITES, INC. (T-2150-90, juge Muldoon, décision en date du 18-12-91, 19 p.)

FRAIS ET DÉPENS

Taxation des dépens dans une affaire de brevet—Le 30 octobre 1989, la Cour a conclu que le brevet était valide et qu'il n'avait pas été contrefait, et elle a déclaré que la question des dépens serait débattue ultérieurement—Le 27 février 1990, la Cour a adjugé les dépens aux défenderesses—Mémoire de frais appuyé par un affidavit «au mieux de la connaissance»—Question de savoir si la taxation est une procédure interlocutoire ou un élément du jugement définitif—Les deux jugements constituent un jugement définitif au sens de l'art. 2 de la Loi sur la Cour fédérale—La taxation est essentiellement une procédure administrative: *M.R.N. c. Bethlehem Copper Corp. Ltd.*, [1977] 1 C.F. 577—La Règle 332(1) n'exige pas que l'affidavit soit limité à une connaissance personnelle—Dans le mémoire, on réclame les frais d'appels téléphoniques (3 021,50 \$) aux bureaux de la défenderesse situés au New Hampshire, au Wis-

PRATIQUE—Suite

consin et en Caroline du Nord, ainsi qu'à l'avocat, à Ottawa, ainsi que les frais de services de messageries, de poste, de télécopie et de photocopie—Les parties et les avocats sont dans des endroits différents; le litige dure depuis neuf ans—Les frais de photocopie (45 459,69 \$) visent des photocopies faites à l'extérieur et sur place—Les photocopies de transcriptions quotidiennes faites sur place n'étaient pas raisonnablement nécessaires à la conduite du procès—La partie doit convaincre l'officier taxateur de la nécessité des photocopies et prouver ce que les photocopies faites sur place ont coûté: *Diversified Products Corp. c. Tye-Sil Corp.*, [1991] 1 C.F. F-33 (1^{re} inst.)—Les frais de recherche informatisée sont accordés à l'exception de la somme concernant la base de données QL, qui fait partie des frais généraux du cabinet d'avocats—Le mémoire comprend la somme de 8 566,67 \$ pour les frais de déplacement et de subsistance, alors que les factures s'élèvent uniquement à 1 820,91 \$—Il n'est pas essentiel que tous les postes soient prouvés au moyen d'un reçu, mais une certaine preuve est requise—Les frais de représentation ne peuvent pas être exigés de la partie qui n'a pas eu gain de cause—Les frais de déplacement et de subsistance sont accordés jusqu'à concurrence de la somme de 1 820,91 \$—Les débours concernant la récupération de dossiers entreposés ne sont pas accordés—Le mémoire de frais, s'élevant à 152 253,26 \$ est taxé et accordé jusqu'à concurrence de la somme de 83 788,23 \$—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 2—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 332(1).

NEKOOSA PACKAGING CORP. C. AMCA INTERNATIONAL LTD. (T-1848-82, officier taxateur Cousineau, taxation en date du 13-11-91, 15 p.)

Taxation des dépens de la défenderesse Canadian Pacific Forest Products Limited (CPFPL)—Directives données par une ordonnance du juge Cullen—La taxation des dépens est de nature interlocutoire et ne fait pas partie du jugement définitif entre les parties—Certains postes concernant les honoraires ont donné lieu à un consentement au moment de la taxation et ont été admis—D'autres ont été admis en partie—Débours comprenant les frais téléphoniques interurbains, de télécopie, de messagerie, de photocopie et de photographie, de copie de brevets, de déplacement et de repas—La ligne de démarcation entre la préparation du dossier et la préparation du procès est énoncée dans la Règle 485 des Règles de la Cour fédérale—Les frais de déplacement ne sont pas tous admissibles conformément aux directives de la Cour—Les frais de repas sont intégralement rejetés—Les frais de déplacement et de repas sont admis jusqu'à concurrence de la somme de 7 957,36 \$—Le mémoire de frais de la défenderesse CPFPL est taxé et adjugé jusqu'à concurrence de la somme de 28 708,16 \$—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 332(1), 346.1(2), 485.

NEKOOSA PACKAGING CORP. C. AMCA INTERNATIONAL LTD. (T-1848-82, officier taxateur Cousineau, taxation en date du 20-11-91, 10 p.)

Taxation du mémoire de frais de la défenderesse—Action découlant de la violation d'un contrat de service de conciergerie à la Base des forces canadiennes de Calgary intentée en 1984—La demande de radiation de la déclaration pour défaut de poursuite a été accueillie en 1986 et les dépens ont été

PRATIQUE—Suite

fixés—Appel accueilli, les dépens devant suivre le sort du principal—La défenderesse a présenté trois autres requêtes en vue du rejet pour défaut de poursuite—Chaque fois, la Cour a rendu une ordonnance de consentement enjoignant à la demanderesse de respecter ses engagements, mais ne disant rien au sujet des dépens—À la suite d'une demande unilatérale présentée par la défenderesse pour que le lieu et la date de l'audience soient fixés, il a été ordonné aux avocats de comparaître à la date habituelle d'audition des requêtes pour présenter leur cause, et une demande conjointe visant à faire fixer le lieu et la date de l'audience a été déposée—À la suite d'une conférence préalable à l'instruction, une ordonnance fixant la date d'audience a été rendue—Une demande ayant été présentée verbalement pendant la conférence préalable à l'instruction, le juge a, par ordonnance, accordé l'autorisation d'interroger Dennis L. Stuckless, *de bene esse*—La demanderesse a avisé le greffe par lettre que le procès avait été annulé—Un avis de désistement a été déposé quatre mois plus tard—Les honoraires visés par les postes 1(1)a), b) et c) du tarif B ont fait l'objet d'un consentement—La somme de 450 \$ demandée pour la préparation par écrit de six requêtes sans comparution devant la Cour (poste 1(1)f) du tarif B)) a été rejetée pour le motif que la Cour n'avait pas exercé son pouvoir discrétionnaire en vertu de la Règle 344—La somme de 1 000 \$ se rapportant aux quatre journées de préparation du procès qui devait durer huit jours (poste 1(1)h)) a également été rejetée car, selon le tarif, un procès doit réellement avoir lieu pour que les dépens soient taxés, bien qu'énormément de préparation soit requise pour un procès de la longueur envisagée mettant en cause un grand nombre de témoins—Les frais de photocopie demandés, au taux de 0,25 \$ ou de 0,30 \$ la page, ont été réduits de 0,05 \$ la page car le montant demandé comprenait l'entretien et les frais généraux—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 344 (mod. par DORS/87-221, art. 2), 345, 406, tarif B (mod., idem, art. 8).

PACIFIC BUILDING MAINTENANCE LTD. C. CANADA (T-448-84, officier taxateur Splane, taxation en date du 20-12-91, 6 p.)

JUGEMENTS ET ORDONNANCES

Annulation ou modification

Demande visant à faire annuler le jugement rejetant, par suite du retard, l'appel de la décision rendue par la section du statut de réfugié—Autorisation d'interjeter appel accordée le 14 juin 1990—Avis d'appel déposé le 17 août 1990—Le dossier d'appel a été déposé et transmis à l'avocat des appelants le 3 mai 1991—L'avocat de l'intimé a envoyé une lettre à l'avocat des appelants le 10 juin et le 5 juillet et a téléphoné à celui-ci le 6 juillet pour demander l'exposé des points à débattre—Le 1^{er} octobre 1991, l'avocat de l'intimé a envoyé un avis de son intention de demander le rejet—Jugement rendu le 25 octobre 1990—L'avocat des appelants a déclaré qu'il n'était pas au courant du délai fixé pour répondre à un avis de requête, qu'il croyait que cela prendrait plus de temps pour que la demande soit entendue, qu'un procès l'avait occupé—L'intimé a consenti à la requête en annulation—Les faits allégués n'ont rien à voir avec une demande fondée sur la Règle 337(5)b)—Il n'existe aucune question que la Cour aurait

PRATIQUE—Suite

dû trancher—Le consentement de l'intimé ne confère pas la compétence requise—Demande rejetée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 337(5)b), 1308.

AL HADDAD C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-961-90, juge Mahoney, J.C.A., ordonnance en date du 6-12-91, 5 p.)

PLAIDOIRIES

Requête en radiation

Demande de paiement présentée en vertu du programme d'encouragement du secteur pétrolier—Dans son argumentation, la défenderesse a invoqué la possibilité d'un examen de la façon dont le ministre a traité la demande présentée en vertu du programme—Dans la déclaration, il est allégué que la dette exigible de Sa Majesté découle des faits et de la loi—Les déclarations de fait et de droit font à juste titre l'objet d'un différend devant être tranché au procès.

EXCO ENERGY LTD. (SYNDIC) C. CANADA (MINISTRE DE L'ÉNERGIE, DES MINES ET DES RESSOURCES) (T-808-86, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 25-6-91, 3 p.)

Demande fondée sur le fait que la déclaration (1) ne révèle pas une cause raisonnable d'action, (2) est futile ou vexatoire, ou (3) ne relève pas de la compétence de la Cour—Dans la déclaration, la demanderesse allègue que la défenderesse n'a pas respecté son engagement contractuel de la nommer au poste de scientifique de la défense, niveau III—(1) La défenderesse doit s'en tenir aux faits énoncés dans la déclaration et aux énoncés de droit dans une requête fondée sur ce motif—Elle s'appuie sur l'art. 24 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique, qui prévoit que le fonctionnaire est nommé «à titre amovible»—L'art. 24 écarte toute action en dommages-intérêts découlant d'un congédiement injustifié, mais cette affaire ne porte pas sur pareil congédiement—La défenderesse soutient également que la Loi sur l'emploi dans la fonction publique et la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique prévoient d'autres recours pour les fonctionnaires qui allèguent que les droits reconnus par leur contrat de travail n'ont pas été respectés—La déclaration n'indique pas clairement que ces procédures s'appliquent aux plaintes de la demanderesse—La Cour ne peut pas s'appuyer sur les affidavits pour clarifier la demande—(2) La demande n'est pas manifestement absurde—(3) La preuve par affidavit ne montre pas que la Cour n'a pas compétence et qu'il s'agit donc d'un emploi abusif des procédures—La défenderesse allègue que la demanderesse, qui était fonctionnaire, était en droit de déposer un grief—La demanderesse nie avoir été une employée pendant la période pertinente—La défenderesse n'a pas démontré comment la Cour perdrait toute compétence même si la procédure de présentation des griefs était permise puisque les affaires citées portent sur la question de savoir si la Cour peut connaître d'une action découlant d'un congédiement injustifié compte tenu de l'art. 24—Puisque la demanderesse a soulevé des questions de fait, et peut-être de droit, qui ne peuvent être tranchées au stade interlocutoire, il serait peu sage de la part de la Cour de conclure à son défaut de compétence—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), chap. P-33,

PRATIQUE—Suite

art. 24—Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), chap. P-35—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 419.

SHILOFF C. CANADA (T-2797-89, juge Strayer, ordonnance en date du 2-1-91, 4 p.)

Déclaration—Le 29 mai 1989, la Cour de l'impôt a rejeté les appels de cotisations pour 1986, 1987 et 1988—Le 2 août 1989, le demandeur a produit un document intitulé «déclaration» dans lequel il interjetait appel de ces cotisations—Le défendeur soutient que le document est défectueux de sorte que le demandeur ne peut pas poursuivre l'affaire—L'utilisation d'un délai de prescription comme moyen de défense ne constitue pas en soi un motif suffisant pour éteindre la cause d'action: *Kibale v. Canada* (1990), 123 N.R. 153 (C.A.F.)—La prescription ne constitue qu'un moyen de défense d'ordre procédural—Aucune obligation de la part du demandeur d'alléguer, dans la déclaration, tous les faits démontrant que l'action a été intentée dans les délais—Le demandeur peut attendre la production de la défense et plaider en réponse les faits permettant de réfuter le moyen de défense fondé sur la prescription—Le juge des faits devrait déterminer si le document du 2 août 1989 constitue un avis suffisant pour maintenir la qualité pour agir du demandeur—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 419.

KARLSSON C. M.R.N. (T-1267-91, juge Rouleau, ordonnance en date du 28-10-91, 3 p.)

Appel d'une décision de la Section de première instance [[1991] 2 C.F. 18] accueillant l'appel contre une ordonnance du protonotaire-chef portant radiation de certains paragraphes de la déclaration des demandeurs—Le juge de première instance n'a pas eu tort de refuser de considérer les prétentions de l'action comme clairement dénuées de tout fondement et de permettre en conséquence que la poursuite procède—Appel rejeté.

DEER C. CONSEIL MOHAWK DE KAHNAWAKE (A-1040-90, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 4-12-91, 1 p.)

PRESCRIPTION

Appel d'une ordonnance du protonotaire-chef rejetant la requête des défendeurs qui visait à obtenir la radiation des plaidoiries du demandeur et le rejet de son action pour cause de prescription—L'action du demandeur est un appel d'une décision rendue le 6 juin 1989 par le ministre du Revenu national en vertu de l'art. 131(1) de la Loi sur les douanes—L'art. 135(1) de la Loi exige qu'un appel devant la Cour fédérale soit interjeté dans les 90 jours de la communication de la décision ministérielle—À la face même de la déclaration, l'action est prescrite—Elle a été intentée plus de 90 jours après la communication de la décision ministérielle du 6 juin 1989—Le délai de l'art. 135(1) est un délai de rigueur—Appel accueilli—Loi sur les douanes, L.R.C. (1985), chap. C-52.6, art. 131(1), 135(1).

MIUCCI C. CANADA (T-348-91, juge Pinard, jugement en date du 1-11-91, 3 p.)

PRATIQUE—Fin

REJET DES PROCÉDURES

Défaut de poursuivre

Double requête en l'espèce—La requête de la défenderesse vise à obtenir le rejet de l'action pour défaut de poursuivre en vertu de la Règle 440(1)—Une erreur s'est glissée dans la liste de documents produits par le demandeur—Cette erreur a donné lieu à un échange de correspondance entre le demandeur et le registraire qui dura presque 4 ans—Le demandeur a agi de bonne foi et a manifesté une intention continue de poursuivre l'action—Il a aussi fait preuve de prudence—Il y aurait lieu d'accélérer le processus, de compléter les procédures préliminaires et de fixer une date d'audience dans les plus brefs délais—Le demandeur réclame la radiation de la défense en vertu de la Règle 460(1)—Il n'a pas précisé les dispositions que la défenderesse aurait enfreintes et n'a pas fait mention d'une ordonnance comme l'exige la Règle 460—Requête rejetée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 440(1), 460(1).

DUVAL C. CANADA (T-1-85, juge Joyal, ordonnance en date du 29-10-91, 5 p.)

SIGNIFICATION

Requête en vue du réexamen d'une ordonnance pour le motif qu'il n'a pas été tenu compte d'une question—L'avocat de la requérante-défenderesse soutient que l'ordonnance antérieure de signification *ex juris* était nulle par suite de l'omission de fixer le délai de dépôt de la défense—Disposition impérative selon laquelle le délai doit être fixé—Obligation positive incombant à l'avocat qui demande la signification *ex juris* d'attirer l'attention du juge des requêtes sur l'exigence—La procédure n'est pas annulée par suite d'une simple objection de forme—Les motifs d'objection doivent être énoncés dans l'avis de requête—La requérante n'a pas soulevé d'objection fondée sur le délai—Requête rejetée—Distinction faite avec *All Transport Inc. et autres c. Navire «Rumba» et autres* (1980), 112 D.L.R. (3d) 309 (C.F. 1^{re} inst.)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 363, Règles 302a),d), 307(2), 337(5)b).

KLOCKNER NAMASCO CORP. C. FEDERAL HUDSON (LE) (T-1025-90, T-1026-90, juge Denault, ordonnance en date du 30-10-91, 4 p.)

TRANSPORTS

Appel de l'octroi d'une injonction interlocutoire interdisant aux commissaires du havre de Toronto d'imposer une taxe à l'embarquement et au débarquement de 1,50 \$ par passager, payable par les compagnies d'aviation à l'aéroport des îles de Toronto—La Loi de 1911 concernant les commissaires du havre de Toronto confère aux commissaires, en ce qui concerne les immeubles, les pouvoirs nécessaires à l'administration, au développement et au contrôle des biens—L'art. 21 autorise les commissaires à établir des règlements en vue d'imposer des taxes à l'égard d'aéronefs, mais ceux-ci se sont appuyés sur un droit de common law en leur qualité de propriétaires et d'exploitants de l'aéroport, plutôt que d'adopter un

TRANSPORTS—Suite

règlement—Le juge des requêtes a conclu qu'en l'absence de règlement, les commissaires ne pouvaient pas imposer de taxe à l'embarquement et au débarquement—Appel accueilli—Juge Marceau, J.C.A.: Les mots «administration», «développement» et «contrôle» comprennent l'imposition et la perception de taxes—Procédure précise énoncée à l'art. 21 lorsqu'un règlement est requis pour que les dispositions soient opposables aux tiers (par opposition au lien contractuel)—Le législateur n'avait pas l'intention de limiter le pouvoir général de contrôle, d'entretien et d'exploitation clairement conféré en assujettissant un élément aussi fondamental que le pouvoir d'imposer des taxes à un libellé aussi indirect et obscur—L'art. 21 n'exige pas que les commissaires établissent un règlement pour exercer tous les pouvoirs qu'il leur confère puisque l'alinéa k) vise apparemment tous les aspects de l'exploitation du havre et obligerait les commissaires à prendre toutes leurs décisions par règlement—Les commissaires avaient le pouvoir requis, en vertu de la Loi, pour imposer des taxes—Aucune question sérieuse à trancher puisqu'il s'agit strictement d'une question d'interprétation de la loi—Juge Hugessen, J.C.A.: la Cour saisie d'une demande d'injonction interlocutoire n'a pas à apprécier outre mesure le bien-fondé de la demande et doit se limiter à déterminer s'il existe une question sérieuse à trancher—Le juge des requêtes a eu tort de tenter de statuer définitivement sur l'étendue des pouvoirs que possèdent les commissaires d'imposer une taxe à l'embarquement et au débarquement autrement que par règlement—L'injonction aurait dû être refusée, bien qu'il existe une question sérieuse à trancher, car les éléments «préjudice irréparable» et «prépondérance des inconvénients» du critère à appliquer dans le cas d'une injonction interlocutoire favorisent les commissaires—À supposer même que les commissaires n'aient pas le droit d'imposer pareilles taxes, tout dommage subi par l'intimée est susceptible d'une indemnisation monétaire facile à calculer—Juge MacGuigan, J.C.A.: il est préférable de ne pas trancher au fond une demande d'injonction interlocutoire, surtout lorsqu'une seule partie est présente à l'audience, mais étant donné qu'on a invoqué le pouvoir que possèdent les commissaires d'imposer des taxes sans adopter de règlement ratifié par le gouverneur

TRANSPORTS—Fin

en conseil, le juge souscrit à l'avis du juge Marceau, J.C.A.—Loi de 1911 concernant les commissaires du havre de Toronto, S.C. 1911, chap. 26, art. 13, 15, 16, 21—Loi de 1985 sur les commissaires du havre de Toronto, S.C. 1986, chap. 10, art. 2, 3.

AIR ATONABEE LTD. C. COMMISSAIRES DU HAVRE DE TORONTO (A-597-90, juges Marceau, Hugessen et MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 8-11-91, 13 p.)

TRAVAUX PUBLICS

Demande de *certiorari*, de bref de prohibition et de *mandamus* annulant la décision de ne pas adjuger un contrat de construction à la requérante—Contrat en vue de rénovations majeures, d'une valeur de 10 000 000 \$ au moins, concernant un immeuble à bureaux de Montréal—La requérante a présenté la soumission la plus basse des 12 soumissions qui avaient été faites—Les employés de l'intimé et l'architecte du projet ont fait savoir qu'ils ne croyaient pas que les travaux seraient effectués dans les délais et moyennant le coût projeté—L'intimé a décidé d'adjuger le contrat au deuxième plus bas soumissionnaire—Question de savoir si l'équité exige que la requérante soit invitée à répondre à l'évaluation défavorable—Demande rejetée—L'intimé a agi en se fondant sur les renseignements fournis par la requérante, et non sur ceux fournis par un informateur anonyme: distinction faite avec *R v Gaming Board for Great Britain, ex parte Benaim*, [1970] 2 All ER 528 (C.A.)—L'intimé a tenté d'obtenir les renseignements supplémentaires nécessaires de la requérante—Il n'est pas pratique d'informer le soumissionnaire d'une décision défavorable imminente, d'attendre la réponse de celui-ci et de faire une nouvelle évaluation.

CEGECO CONSTRUCTION LTÉE C. CANADA (TRAVAUX PUBLICS) (T-2733-91, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 19-11-91, 18 p.)